

Sofia Temer

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

8.^a edição

Revista, atualizada
e ampliada

2025

PROCESSAMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Destacados o objeto e a natureza do incidente, passaremos a analisar suas fases procedimentais, abordando suas principais características e os atos processuais que as compõem. A abordagem do processamento do incidente está dividida em três “fases principais”: a fase de *instauração e admissão*, que compreende os atos preparatórios ao debate para fixação da tese, com a admissão do incidente e a fixação de seu objeto; a fase de *instrução*, que compreende a delimitação da estrutura subjetiva do incidente e os atos instrutórios, com a apresentação de argumentos e elementos para fixação da tese; e a fase de *julgamento*, na qual serão analisadas a decisão, sua recorribilidade e seus efeitos.

Enfatizaremos, nessa abordagem, dois aspectos que parecem de especial importância: os sujeitos processuais e a decisão construída no incidente. Os temas são relevantes, estão interligados e serão analisados sob a perspectiva da dessubjetivação, característica desta técnica processual.

Resaltamos que algumas das regras aqui analisadas não são previstas expressamente no regramento referente ao IRDR, mas decorrem da interpretação sistemática deste instituto, como uma das técnicas do microsistema de julgamento de casos repetitivos¹.

1. Nesse sentido é o enunciado nº 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”. Por isso, algumas disposições relativas aos recursos especiais podem ser aplicadas ao IRDR, desde que haja compatibilidade. O STJ já reconheceu a integração entre as normas do IRDR e dos RR e a existência de um “microsistema de julgamento de questões repetitivas”: “Embora situados em espaços topologicamente distintos e de ter havido previsão específica do procedimento de distinção em IRDR no PLC 8.046/2010, posteriormente retirada no Senado Federal, os recursos especiais e extraordinários repetitivos e o IRDR compõem, na forma do art. 928, I e II, do novo CPC, um microsistema de julgamento de questões repetitivas, devendo o intérprete promover, sempre que possível, a integração entre os dois mecanismos que pertencem ao mesmo sistema de formação de precedentes vinculantes” (STJ, REsp nº. 1.846.109, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 10.12.2019).

4.1. PRIMEIRA FASE: INICIATIVA PARA INSTAURAÇÃO E ADMISSÃO DO INCIDENTE

O incidente de resolução de demandas repetitivas poderá ser instaurado, como visto, quando houver *efetiva repetição de processos* que contenham a *mesma questão jurídica*, gerando risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, CPC/2015).

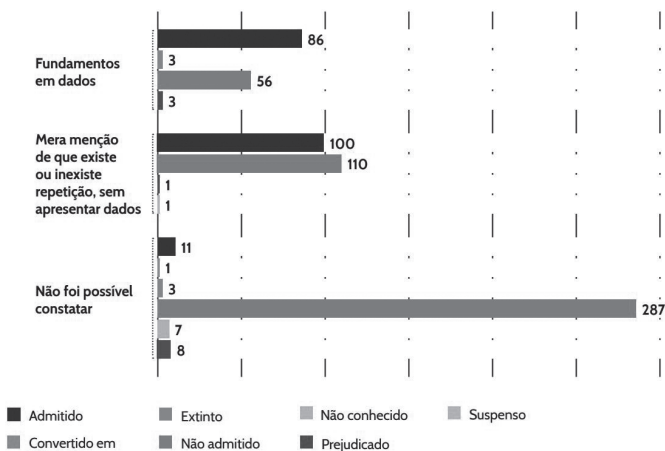
O requisito de *efetiva repetição de processos* foi objeto de algumas divergências durante a tramitação legislativa. Na versão aprovada pelo Senado, havia a previsão de que o incidente poderia ser instaurado quando houvesse *controvérsia com potencial de gerar multiplicação de processos* (art. 930 do PLS 166/2010²), o que, apesar de defendido por alguns doutrinadores como um meio de evitar a indevida proliferação de demandas³, foi alvo de muitas críticas, que consideravam que o incidente preventivo não seria o modelo ideal, por obstar a prévia e necessária discussão sobre o tema⁴. A lei acabou pacificando a questão, exigindo expressamente que deve ser constatada efetiva repetição de processos, ainda que não tenha definido um número mínimo de casos⁵.

2. PLS 166/2010: “Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes. (...)”.
3. Era a posição defendida por Luiz Henrique Volpe Camargo, que criticou a alteração operada pela Câmara dos Deputados, afirmando que a modificação “retira a possibilidade de instauração do incidente preventivo, ou seja, antes da concreta reprodução massificada de causas (...) Acredita-se, no ponto, que a versão do Senado é mais afinada com um dos principais objetivos do incidente, que é desafogar o Poder Judiciário de questões repetitivas” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 283).
4. Leonardo Carneiro da Cunha, por exemplo, aponta que “seria mais adequado prever o incidente quando já houvesse algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. Vale dizer que, para caber o incidente, seria mais adequado haver, de um lado, sentenças admitindo determinada solução, havendo, por outro lado, sentenças rejeitando a mesma solução” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 193, março/2011, versão digital). A crítica também aparece na doutrina mais recente: “a adoção do incidente preventivo induz (...) a uma padronização de entendimentos sem divergência prévia, que poderá claramente esvaziar o papel dialógico do devido processo constitucional. Decerto, a medida obstaculiza a prolusão de um julgado hábil a servir de precedente, pela incapacidade de se vislumbrar todos os argumentos relevantes (favoráveis e contrários – art. 984, §4º) antes da efetiva divergência interpretativa, viabilizada pela tramitação (e maturação) de casos até o ingresso no Tribunal” (NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho; WERNECK, Isadora Tofani Gonçalves Machado; FREITAS, Laura. O perigo da utilização estratégica do IRDR por litigantes habituais e a necessidade dos tribunais refletirem sobre sua cooptação: a proibição do incidente preventivo e o caso Samarco. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Panorama atual do novo CPC 2*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 13).
5. Uma quantidade adequada seria algumas dezenas ou centenas de processos. Nesse sentido: “não há um número mágico ou indicação cartesiana, cabendo à doutrina e à jurisprudência balizar a aplicação

IRDR na prática:

Relevante estudo do Observatório Brasileiro de IRDRs⁶ demonstrou que, entre 2016 e 2018, 100 (cem) incidentes foram admitidos em todo o Brasil sem aprofundamento da análise a respeito da efetiva repetição de processos, ou seja, com mera menção ao requisito, sem indicação de dados:

Gráfico 53 - Análise da efetiva repetição x Resultado do exame



A etapa de instauração tem dois atos processuais principais: o pedido ou ofício, com a iniciativa de submissão de determinada matéria ao regime do IRDR; e a decisão de admissão, que declarará instaurado o procedimento. Ambos serão tratados abaixo.

4.1.1. Legitimidade para provocar a instauração

O Código de Processo Civil dispõe que serão legitimados para provocar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas o juiz ou

do incidente pela construção de parâmetros. Não há necessidade de uma enorme quantidade de causas repetitivas (como expresso no enunciado nº 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis), mas deve haver uma quantidade razoável, na casa das dezenas ou centenas, a fim de justificar a adoção desta técnica" (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1421).

6. ZUFELATO, Camilo (Coord). Relatórios de pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs da FDRP/USP, disponível em: <http://observatorioiord.direitorp.usp.br/>.

relator, as partes,⁷ o Ministério Público⁸ e a Defensoria Pública (art. 977, I a III). O IRDR pode ser instaurado, então, por iniciativa do órgão jurisdicional, de sujeitos parciais de processos pendentes, e de instituições públicas essenciais à função jurisdicional do Estado.

IRDR na prática:

Estudo do Observatório Brasileiro de IRDRs⁹ demonstrou que, entre 2016 e 2018, as Partes foram quem mais suscitaram a instauração de IRDRs, com 401 pedidos. Os Tribunais, em contrapartida, suscitaram a instauração em 219 ocasiões, seguidos do Ministério Público, com 35 requerimentos.

Não obstante, a admissibilidade positiva ocorreu em apenas 66 dos IRDRs suscitados pelas Partes, enquanto 121 dos IRDRs suscitados pelos Tribunais foram admitidos. Em relação aos IRDRs advindos de requerimento do MP, apenas 5 foram admitidos.

O ato que provoca a instauração do incidente é um ato que não se vincula diretamente com conflitos subjetivos e não exige, por isso, uma relação intrínseca com o(s) processo(s) que discutam determinada questão jurídica. Por isso, entendemos que a legitimidade para a iniciativa de instaurar o incidente é uma legitimidade extraordinária específica para o ato processual, que não decorre da legitimidade (ordinária) para a “causa” repetitiva, necessariamente. Trataremos da legitimação para instauração e condução do processo quando abordarmos a segunda fase do incidente, em que há a identificação dos sujeitos processuais.

7. Partes, nesse sentido, compreende todos os sujeitos da relação processual. Assim, entendemos que o assistente no processo individual pode requerer a instauração do IRDR, assim como eventual *amicus curiae* que já tenha sido admitido na demanda particular.
8. Para regulamentar a sua atuação como parte suscitante do IRDR, dentre outras matérias, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) e o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) editaram resoluções que tratam, por exemplo, do procedimento interno para propositura de IRDR (Resolução 238/2017 do MPDFT) e da criação de órgãos que atuam nos incidentes e identificam matérias cíveis repetitivas (Resoluções 2.384/2020 e 2.385/2020 do MPRJ). A respeito do déficit de atuação do Ministério Público em IRDR, Bruno de Sá Barcelos Cavaco possui interessante levantamento empírico, ainda a ser publicado.
9. ZUFELATO, Camilo (Coord). Relatórios de pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs da FDRP/USP, disponível em: <http://observatorioidr.direitorp.usp.br/>. O Estudo também identificou suscitantes não tradicionais, apontando, por exemplo, que houve “IRDR foi suscitado por advogados, nos autos de nº 5181041.90.2017.8.09.0000 e 5301793-91.2017.8.09.0000 (TJGO); 0025164-87.2016.8.16.0000 (TJPR); 0202532-94.2016.8.21.7000 (TJRS) e associações que não eram integrantes do processo originário, nos autos de nº 0029202-27.2017.8.19.0000 (TJRJ); 2038304-10.2018.8.26.0000 (TJSP). Entraram nessa classificação, ainda, os casos suscitados por sujeitos ou entidades que não figuravam como partes no processo que deu origem ao IRDR. É o caso dos autos de nº 5011503-14.2017.8.09.0000 e 0110797-61.2016.8.09.0000 (TJGO), em que o suscitante foi o Estado de Goiás; 001312-92.2016.8.24.0000 (TJSC), cujo suscitante foi Estado de Santa Catarina; 0009178-10.2017.8.25.0000 (TJSE), cujo suscitante foi o Estado do Sergipe; 5301793-91.2017.8.09.0000 (TJGO), suscitado pelo Município Novo Planalto; 0017610-97.2016.4.03.0000 (TRF3), suscitado pela Fazenda Nacional; e 0000560-25.2016.8.03.0000 (TJAP), suscitado por pessoa física”.

Por ora, é importante destacar que a questão concernente à legitimidade para provocar a instauração do incidente tem seu ponto mais delicado na autorização conferida ao juiz (art. 977, I).¹⁰ Não em razão do debate acerca da possibilidade de agir de ofício – que parece tranquila e é justificada em razão da natureza do incidente –, mas porque essa autorização esconde um debate importante, que diz respeito aos processos a partir dos quais se pode instaurar o incidente. Houve mudança na redação do dispositivo durante a tramitação legislativa, o que acabou gerando inúmeras controvérsias doutrinárias¹¹. A discussão refere-se à possibilidade (ou não) de o IRDR ser instaurado em primeiro grau, tema que trataremos no próximo tópico.

4.1.2. Dispensabilidade de causa pendente no tribunal: “procedimento-modelo” ou “causa-piloto”?

Grande parte da doutrina vem defendendo a necessidade de existência de causa pendente no tribunal para instauração do IRDR, atribuindo essa exigência principalmente à redação do parágrafo único do art. 978 do CPC, que dispõe que: “O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”¹².

10. O qual, conforme aponta Aluisio Mendes, deve provocar a instauração do incidente com fundamento “na atuação em concreto do magistrado que estivesse processando ou julgando causas relacionadas com a questão de direito a ser dirimida” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 131). Para Marcos Cavalcanti, trata-se de um “poder-dever estabelecido em texto legal para o juiz ou relator, os quais devem requerer a instauração do incidente quando presentes os requisitos previstos no art. 976 do NCPC” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: RT, 2016, p. 248).
11. Apontamos essa questão em texto anterior: “A previsão legal que confere legitimidade para o juiz de primeiro grau requerer a instauração do incidente é ponto que vem gerando controvérsias doutrinárias. Na versão do CPC aprovada pelo Senado em 2010, o instituto poderia ser instaurado logo em primeiro grau, quando houvesse potencial de repetição de causas, à semelhança do modelo alemão (art. 930 do PLS 166/2010). Na versão posterior, aprovada pela Câmara revisora, o instituto mudou de feição, somente sendo admitida sua instauração quando houvesse causa de competência do tribunal pendente de julgamento, sendo a iniciativa de instauração restrita ao relator, não compreendendo o juiz de primeiro grau (art. 988, §§2º e 3º, I, do SCD ao PLS 166/2010). Por ocasião da votação e aprovação final pelo Senado, foi revigorada a autorização ao juiz para requerer ao tribunal a instauração do incidente, mediante ofício (art. 977, I), suprimindo-se a regra relativa à obrigatoriedade de pendência de causa no Tribunal, resgatando-se, portanto, características do instituto adotadas na versão da casa iniciadora do projeto de lei, o que foi mantido na versão sancionada e publicada no Diário Oficial. Não obstante, foi inserida no parágrafo único do art. 978 uma previsão que menciona que o órgão que julgar o incidente deverá julgar o recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do qual este se originar, o que sugere que o(s) processo(s) de onde se originar o incidente deverá(ão) estar tramitando perante os tribunais” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 296-297).
12. É a posição de Antonio do Passo Cabral, que aponta que, tendo em vista o art. 978, parágrafo único, “a intenção do legislador é claramente de que o IRDR somente possa ser suscitado na pendência de processo no tribunal, ou seja, já depois de proferidas decisões na primeira instância” (CABRAL,

Outro fundamento para exigir causa pendente no tribunal seria que, assim, se evitaria que o incidente tivesse caráter preventivo, porque já haveria, via de regra, decisões conflitantes.

Tal discussão está relacionada, ademais, à definição sobre a natureza do IRDR, se de “causa-piloto” ou “procedimento-modelo”.

Apontamos, em estudo anterior, argumentos favoráveis e contrários a ambas as linhas interpretativas¹³, e, com o respeito às posições divergentes, pensamos que o melhor entendimento acerca da questão é o que permite a instauração do incidente sem que haja, necessariamente, causa pendente de julgamento no tribunal, ou seja, a que defende que o IRDR pode assumir a condição de “procedimento-modelo”.¹⁴⁻¹⁵

Este entendimento decorre dos seguintes fundamentos:

- a) Na Câmara dos Deputados, inseriu-se previsão ao projeto do novo CPC no sentido de que “o incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal” (art. 988, §2º, do substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL 166/2010), o que justificava o requisito de causa pendente no tribunal para

Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1422). Para boa parte dos doutrinadores que defende essa posição, há necessidade de que a causa esteja pendente no tribunal porque o tribunal vai julgar também o caso concreto. É a posição de Alexandre Câmara: “Terceiro requisito, que não está expresso na lei mas resulta necessariamente do sistema é que já haja pelo menos um processo pendente perante o tribunal (...) É que, como se verá melhor adiante, uma vez instaurado o IRDR, o processo em que tal instauração ocorra será afetado para julgamento por órgão a que se tenha especificamente atribuído a competência para conhecer do incidente, o qual julgará o caso concreto como uma verdadeira causa-piloto” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 479). Também é a posição de Marcos Cavalcanti: “a pendência de causa no tribunal (recurso, remessa necessária ou processo de competência originária) é pressuposto de instauração e julgamento do IRDR” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 431). Nesse sentido, também: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2016.

13. Militam em favor da instauração a partir do primeiro grau: a literalidade do art. 977, I; o teor do relatório que apresentou a versão final do projeto de lei, que expressamente aponta essa questão; os benefícios sistêmicos da instauração não tardia. Em favor da instauração a partir do segundo grau: a previsão do art. 978, parágrafo único; a garantia de prévio amadurecimento do debate antes da definição da tese. Para abordagem da questão, ver: (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 297-302).
14. Esse entendimento foi adotado pelo Fórum da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), conforme enunciado nº 22: “A instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>.
15. Entende parte da doutrina que aguardar até que haja processos no Tribunal pode significar desperdício de atividade jurisdicional, de modo que haveria maior celeridade e economia se desde logo tivesse sido instaurado o incidente: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 124.

a instauração do IRDR¹⁶. Não obstante, esta previsão foi retirada da versão final. Para justificar essa exclusão, o Senado Federal explicitou, no Parecer 956/2014, que “Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 998 do SCD desfiguram o incidente de demandas repetitivas. Com efeito, é nociva a eliminação da possibilidade da sua instauração em primeira instância, o que prolonga situações de incerteza e estimula uma desnecessária multiplicação de demandas, além de torná-lo similar à hipótese de uniformização de jurisprudência”. A versão final aprovada do Código não contém tal exigência. Ora, embora não sejamos adeptos da tendência de buscar a “vontade do legislador” para compreender o sentido da lei, parece incoerente continuar defendendo a existência de um requisito que foi clara e expressamente retirado da versão aprovada e sancionada.

- b) O art. 978, parágrafo único, que vêm justificando tal entendimento, corresponde a uma burla no devido processo legislativo. Defende-se abertamente a inconstitucionalidade formal do dispositivo, porque ausente previsão similar nas versões aprovadas na Câmara e no Senado. Não se pode compreender que tal dispositivo tenha surgido como “emenda de redação”, porque tem conteúdo substancial distinto das versões anteriores¹⁷. Defende-se em doutrina, ainda, a inconstitucionalidade material, por afronta ao art. 96, I da Constituição da República, que atribuiu privativamente aos tribunais a elaboração e seus regimentos internos, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais.¹⁸

-
16. Tal previsão foi o que embasou a criação dos enunciados ns. 342 e 344 do FPPC: Enunciado nº 342. (art. 976). “O incidente de resolução de demandas repetitivas aplica-se a recurso, a remessa necessária ou a qualquer causa de competência originária”. Enunciado nº 344. (art. 976). “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.
17. Há diversos autores defendendo essa inconstitucionalidade. Antonio do Passo Cabral afirma que: “O parágrafo único do art. 978, com todas as vênias, corresponde a um grande equívoco no processo legislativo. É que este dispositivo foi incluído no novo CPC quando o projeto retornou do Senado Federal no final de 2014. A norma não constava do projeto aprovado no Senado em 2010, tampouco na versão aprovada na Câmara dos Deputados em 2014. Nessas condições, o parágrafo único do art. 978 só poderia ser compreendido como constitucional se se tratasse das chamadas ‘emendas de redação’, i.e., mudanças estilísticas com a finalidade de aperfeiçoamento gramatical e sintático, mas sem alteração de conteúdo. Não é o caso” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1428). No mesmo sentido, Marcos Cavalcanti: “este dispositivo padece de inconstitucionalidade formal e material. é inconstitucional formalmente, pois ele não encontra qualquer enunciado normativo correspondente no Anteprojeto, no Projeto do Senado e no Projeto da Câmara. (...) Além da inconstitucionalidade formal, o dispositivo padece ainda de inconstitucionalidade material. (...) O parágrafo único do art. 978 do NCPC vincula a competência para o julgamento do recurso, remessa necessária ou do processo originário, usurpando a competência dos tribunais de estabelecerem suas atribuições internas por meio do regimento interno” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 453).
18. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 71.

- c) A instauração em primeiro grau não afronta o requisito de “efetiva repetição” e, por isso, não torna o incidente *preventivo*, o que foi arduamente criticado durante a tramitação do projeto legislativo. Com efeito, o requisito da efetiva repetição (e não potencial) não pode ser afastado, sendo expresso claramente no art. 976, I. Quaisquer interpretações que sejam dadas aos outros aspectos do instituto – como, no caso, a possibilidade ou não de instaurá-lo a partir do primeiro grau – não têm o condão de alterar tal exigência.

O que pode ocorrer, caso instaurado a partir do primeiro grau, é que o incidente seja instaurado *sem que haja repetição de decisões meritórias sobre a questão*, mas nunca a dispensa da efetiva repetição de demandas. Isso porque o CPC não impõe, embora seja aconselhável, que o IRDR apenas seja instaurado quando houver efetiva repetição de decisões sobre a mesma questão jurídica. Exige-se a efetiva repetição de processos, o que pode ocorrer sem que haja alguma causa pendente no tribunal.

Pensamos que o segundo requisito para instauração do incidente, qual seja, “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (art. 976, II) também não pode ser a justificativa legal para exigir decisões dissonantes a respeito da problemática. Caso essa fosse a opção legal, o Código trataria de dispor como requisito para a instauração a efetiva ofensa à isonomia e segurança jurídica (que decorrem da coexistência de decisões antagônicas) e não o “risco de”.

Aliás, a existência de causa pendente no Tribunal, embora possa ser um indicativo de que a questão foi suficientemente debatida previamente e que há decisões divergentes sobre o tema, não é prova disso. Com efeito, é possível ter causa pendente no Tribunal sem efetiva repetição e sem decisões prévias, como nos casos de processos de competência originária.

A efetiva repetição de processos, por ser um dos requisitos de cabimento, impede a instauração de IRDR preventivo, o que vale para incidentes oriundos de processos em primeiro ou segundo grau¹⁹. Não obstante entendermos

19. Salvo se vincularmos o sentido do termo “preventivo” não à existência de diversos processos, mas à existência de decisões sobre o tema, hipótese em que será possível IRDR preventivo tanto a partir do primeiro grau como do Tribunal. Antonio do Passo Cabral aponta para essa utilização do termo “preventivo”, ao afirmar que o IRDR é quase sempre repressivo, podendo assumir um caráter preventivo quando suscitado em causas de competência originária. Para o autor, será preventivo, se “entender-se que a divergência sobre a questão jurídica comum seja potencialmente geradora de insegurança, incoerência ou tratamento anti-isonômico por ainda não ter sido objeto de cognição em decisão final de mérito no primeiro grau de jurisdição” (CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1422). Para caracterizá-lo como preventivo, o autor não dispensa a existência de efetiva repetição – e nem poderia, haja vista a clara redação do art. 976, I – mas sim a existência de decisões dissonantes.

possível a instauração a partir do primeiro grau, caso haja processos sobre a questão em trâmite no tribunal, concordamos que devam ser privilegiados estes, porque há uma presunção de que o debate tenha sido mais completo e que já haja decisão sobre o tema²⁰.

Pensamos que a melhor interpretação do art. 977, I, que confere ao juiz a legitimidade para provocar o IRDR, é a que autoriza que faça isso a partir dos processos que está analisando²¹. O juiz de primeiro grau pode ser o melhor agente para provocar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, justamente por observar de perto a repetição sobre a questão jurídica²². Todavia, para os que entendem indispensável a existência de causa no tribunal, este dispositivo está sendo interpretado como autorização para que oficie outros legitimados para que instaurem a partir de processos em segundo grau, ou, ainda, como regra que se justifica pelo sistema dos juizados especiais, compostos apenas de juízes²³.

20. Defendemos anteriormente, ainda, que dentre os processos no tribunal, devem ser privilegiadas as apelações em relação aos agravos, por exemplo: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 243, maio/2015, p. 299-300.
21. Até porque restará preservada sua competência para julgamento, já que “Ao tribunal somente é dado conhecer da questão de direito central subjacente à causa-piloto, sendo certo que, após a fixação da tese, os juízes de primeira instância terão poder decisório quanto a todos os demais aspectos das ações semelhantes que haviam sido suspensas” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, vol. 211, set/2012, versão digital).
22. Luiz Henrique Volpe Camargo defende que “não existe razão para não admitir que o juiz de 1º grau suscite o incidente. Salvo melhor juízo, o juiz de 1º grau, por sua função, tem mais facilidade em considerar a multiplicação de causas com a mesma questão jurídica, pois, é a ele que as demandas de variados autores, muitas vezes representados por diferentes advogados, é dirigida” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 288). Também nesse sentido: “a última versão apresentada Novo Código de Processo Civil volta a admitir a instauração do incidente desde a primeira instância – ou seja, observados os requisitos da efetiva repetição e do risco à isonomia e segurança jurídica, abre-se aos juízes a possibilidade de dirigir o pedido de instauração ao Presidente do Tribunal respectivo” (SCHMITZ, Leonard; FALLEIROS, Carolina Teodoro. O que a experiência do procedimento-modelo alemão tem a ensinar ao incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil. In: ALVIM, Thereza; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; SCHMITZ, Leonard; CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo (coords.). O novo código de processo civil brasileiro – estudos dirigidos: sistematização e procedimentos. Rio de Janeiro: Forense, 2015).
23. Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral afirma que “Como os recursos não passam pelo tribunal (vão para as turmas recursais, formadas por juízes de primeira instância), o CPC faz referência também aos juízes” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1425). Essa questão foi levantada por Luiz Henrique Volpe Camargo, em “O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados”. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014.

Considerando o que foi exposto, defendemos que o art. 978 – se não for declarado inconstitucional – deve ser interpretado como regra de prevenção, e não como determinação da existência de causa pendente no tribunal²⁴.

4.1.2.1. *Instauração a partir do primeiro grau: algumas reflexões sobre a (in)competência dos tribunais estaduais e regionais*

Defendemos a possibilidade de instauração do IRDR a partir de processos em trâmite no primeiro grau de jurisdição, ainda que não haja causa pendente de julgamento no respectivo tribunal. Entendemos que isso decorre de opção legal expressa e é um elemento importante para a efetividade desta técnica processual, como visto.

Não obstante, parte do posicionamento contrário a esta possibilidade se funda no argumento de que seria inconstitucional conferir ao tribunal competência para solucionar a questão de direito sem que houvesse causa sob sua apreciação, por violar a distribuição de competências prevista na Constituição da República.

Aventa-se que haveria ofensa aos princípios da tipicidade e da indisponibilidade de competências, que vedam a criação ou deslocamento de competência de forma diversa da prevista na Constituição²⁵. Afirma-se, ademais, que se configuraria violação ao princípio da perpetuação da jurisdição e, por consequência, do juiz natural. Tentaremos analisar algumas destas questões²⁶.

Primeiramente, é importante relembrar que nosso entendimento é de que não há, no IRDR, julgamento da causa, mas sim uma cisão decisória, que faz com o que o tribunal aprecie, no incidente, apenas a controvérsia de direito (num misto de abstração e concretude), sem julgar nenhum conflito

24. Marinoni, Arenhart e Mitidiero defendem a possibilidade de instauração a partir do primeiro grau, afirmando que isso decorre da interpretação histórica do CPC, considerando as mudanças operadas durante o processo legislativo, bem como a autorização do art. 977, I, além do fato de que essa interpretação ser mais apropriada para a finalidade do instituto. Sobre o art. 978, cuja constitucionalidade é duvidosa, os autores afirmam que deve ser interpretado como regra de prevenção. Os autores concluem que “a instauração do incidente não deve exigir a pendência da questão de direito à análise do tribunal. Bastará que tenha havido multiplicação de feitos com a mesma questão de direito perante o Poder Judiciário, com risco à isonomia ou à segurança jurídica, para que se viabilize o IRDR. Porém, julgado o IRDR, o órgão remanesce competente para análise do recurso, do reexame necessário ou da ação de competência originária de onde surgiu a questão de direito que foi enfrentada” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. Vol. II. São Paulo: RT, 2015, p. 580-581).

25. Ver, sobre o tema: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência*. 2 ed. São Paulo: RT, 2013.

26. A questão é bastante complexa, de modo que não temos pretensão de esgotar esta problemática, mas apenas de apresentar alguns elementos para reflexão. Adiantamos, contudo, que eventual decisão que declare a inconstitucionalidade desta interpretação (ou seja, da possibilidade de instauração do IRDR sem causa no tribunal) não terá o efeito de esvaziar ou de retirar a constitucionalidade de todo o instituto, mas apenas vedará a instauração a partir do primeiro grau. Todas as demais reflexões desenvolvidas neste estudo continuam aplicáveis.

subjetivo. O tribunal, como órgão superior, responsável (também) por uniformizar a aplicação do direito²⁷, exerce sua função de fixar um entendimento sobre a mesma questão que se repete em diversos processos.

Esta premissa pode ser relevante para afastar algumas das objeções quanto à constitucionalidade, notadamente em relação à perpetuação da jurisdição e ao juiz natural, porque não haverá propriamente deslocamento de competência para apreciação da *demanda*.

Com efeito, sendo a perpetuação da jurisdição (que determina a inalterabilidade da competência – art. 43 do CPC/2015) um dos efeitos da litispendência (pendência da lide)²⁸, ou seja, da propositura da demanda, seria possível afirmar que não haveria ofensa a tal princípio, porque a lide (ou a demanda) continuará pendente perante o juízo originário, não havendo propriamente alteração de competência para o julgamento. A *demanda* será julgada perante o juízo definido no momento de sua propositura.

Quanto à criação de nova competência para os tribunais estaduais e regionais por lei infraconstitucional, a questão aparenta ser mais complexa, porque, mesmo que não haja propriamente o julgamento da causa, afirma-se que não há expressamente na Constituição a previsão de que os tribunais poderão dirimir controvérsias pontuais e fixar teses sobre questões de direito, ao menos quando da apreciação de demandas que sejam de sua competência.

De fato, não se extrai do art. 108 da Constituição (quanto aos tribunais federais)²⁹ competência para apreciar o incidente de resolução de demandas repetitivas. À primeira vista, poder-se-ia afirmar, então, que haveria violação ao princípio da tipicidade de competências, devendo haver modificação via emenda constitucional para que fosse possível a interpretação por nós adotada.

É interessante notar que debate similar a este ocorre na discussão atinente à constitucionalidade da Lei 9.882/99, que regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental³⁰. Com efeito, após a edição desta lei a doutrina passou a controverter sobre a extrapolação (ou não) da

27. O que ocorre de forma mais evidente em incidentes como o IRDR e a antiga uniformização de jurisprudência, mas também, em alguma medida, por ocasião do julgamento de recursos contra decisões de primeiro grau, quando se espera que o tribunal mantenha coerência e uniformidade diante de situações análogas. É claro que não se equipara os tribunais estaduais e regionais com as cortes de uniformização no que se refere à sua função em relação à legislação constitucional e infra, mas é possível extrair do próprio desenho em “níveis” um papel de uniformização e coesão também para aqueles tribunais.

28. Ver: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência*. 2 ed. São Paulo: RT, 2013, capítulos 5 e 6.

29. A competência dos tribunais estaduais é regulamentada nas Constituições Estaduais. Neste estudo, optamos por referir de modo mais amplo à competência dos tribunais de segunda instância a partir das regras contidas na Constituição, que são, via de regra, espelhadas nas Constituições dos Estados.

30. Esta problemática nos foi apontada por Fredie Didier Jr., por ocasião da banca de defesa da dissertação que gerou este estudo. Agradecemos pelos questionamentos e pela oportunidade de refletir e aprofundar a análise deste intrincado tema.

competência do Supremo Tribunal Federal prevista na Constituição, porque teria o legislador infraconstitucional ampliado indevidamente a competência da Suprema Corte.

A controvérsia diz respeito, sobretudo, à hipótese da arguição “incidental” ou “paralela” (inciso I do parágrafo único do art. 1.º da Lei 9.882/99), instaurada no âmbito do controle concreto de constitucionalidade, ou seja, mediante um incidente a partir de um processo em curso, dirigido ao STF, para dirimir a controvérsia constitucional. Nesta arguição incidental, o processo originário restaria suspenso para definição da questão constitucional pelo STF e, após, retomaria seu trâmite, sendo a decisão acerca da questão constitucional aplicável também aos demais casos que contivessem tal controvérsia³¹⁻³².

Esta previsão foi criticada pela doutrina, sob o fundamento de que haveria a criação, por lei infraconstitucional, de uma nova competência para o STF, já que a previsão de um incidente para controle de constitucionalidade abstrato a partir de um caso concreto em trâmite perante outros tribunais extrapolaria o alcance do art. 102, §1º. Por este alegado vício, chegou-se inclusive a associar a arguição incidental à extinta avocatória do período ditatorial³³.

A questão foi, também, objeto de ação direta de inconstitucionalidade, movida pela OAB e autuada sob o nº 2231/DF, que igualmente aventava ou-

-
31. Não poderemos adentrar no estudo da ADPF, o que extrapolaria os limites deste trabalho. Não obstante, parece relevante transcrever conceituação de Dirley da Cunha Jr.: “A arguição incidental, tal como concebida, possibilita o trânsito direto e imediato ao Supremo Tribunal Federal de uma questão constitucional relevante, debatida no âmbito das instâncias judiciais ordinárias, que envolva a interpretação e aplicação de um preceito constitucional fundamental. Na espécie, quando admitida a arguição, operar-se-á uma verdadeira “cisão” entre a questão constitucional e as demais questões suscitadas e discutidas pelas partes no caso concreto, subindo ao Tribunal, para sua exclusiva apreciação, tão-somente a primeira delas, uma vez que remanesce a competência dos órgãos judiciários ordinários para decidir a respeito da pretensão deduzida. A Corte, portanto, limita-se a apreciar a questão constitucional, dando-lhe solução adequada e rápida, sem se manifestar, porém, sobre o objeto ou a pretensão vinculada ao caso concreto e pendente de julgamento pelos órgãos judiciários ordinários” (CUNHA JR., Dirley. Ação de descumprimento de preceito fundamental. In: DIDIER JR., Fredie. Ações constitucionais. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 535).
32. Eduardo Talamini tem um interessante estudo sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, na qual defende, em sentido um pouco diverso, que não há como se extrair da lei (sobretudo após os vetos do Executivo), um “incidente de inconstitucionalidade”. O autor defende que há apenas um regime, que seria o da arguição direta: TALAMINI, Eduardo. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: função e estrutura. In: FUX, Luiz *et al* (Coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 19-40).
33. Gabriel Dias Marques da Cruz traz um panorama desta discussão, apontando alguns estudos doutrinários que defendem a inconstitucionalidade da previsão e outros que defendem a conformação havida pela Lei 9.882/99. O autor adota a posição de que a modificação deveria ter ocorrido por emenda constitucional. Ver: *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, especialmente p. 60/61 e 69/72. Agradeço ao autor a gentileza de responder algumas de minhas indagações sobre o tema e a indicação de material bibliográfico.

tros vícios de constitucionalidade na Lei 9.882/99. Em 2001, o então relator, Min. Neri da Silveira, deferiu liminar para excluir a possibilidade de manejo da arguição incidental, entendendo, então, pela inconstitucionalidade desta “modalidade”³⁴.

A posição do Min. Neri da Silveira era a de que a hipótese da arguição incidental significaria acréscimo na competência constitucional do STF e implicaria a retirada do processo do julgamento pelo juiz natural³⁵. O então ministro, apesar de destacar a importância da arguição incidental para a coerência do sistema e integridade da Constituição, entendia não ser possível que a lei infraconstitucional conferisse ao STF competência para analisar questão que tivesse surgido em processo em trâmite perante outros tribunais³⁶.

34. “O Min. Néri da Silveira, relator, em face da generalidade da formulação do parágrafo único do art. 1º, considerou que esse dispositivo autorizaria, além da arguição autônoma de caráter abstrato, a arguição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, tão-só, por via de emenda constitucional, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto interpretação conforme à CF a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo (“Parágrafo único – Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;”). Conseqüentemente, o Min. Néri também votou pelo deferimento da liminar para suspender a eficácia do § 3º do art. 5º, por estar relacionado com a arguição incidental em processos em concreto (“A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.”) (Informativo 253). Após tal voto, pediu vista o Ministro Sepúlveda Pertence.
35. A posição do então Ministro foi veiculada em artigo científico publicado logo em seguida: “Na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 1º em exame, é de admitir, destarte, se colime que o STF antecipe, originariamente, em se cuidando de processo em curso, do deslinde da questão constitucional prévia, com o que se afastaria a necessidade de o feito percorrer as instâncias ordinárias, para que a mesma Corte Suprema viesse, por fim, a pronunciar-se, em definitiva decisão sobre o tema constitucional, no âmbito de recurso extraordinário, ou mesmo em recurso ordinário, se for o caso. Esse decísum prévio acerca da controvérsia constitucional seria um antecedente lógico para o julgamento de fundo do processo na instância de origem. Subtrair-se-ia, destarte, segundo corrente contrária à norma, controvérsia constitucional do juiz natural para dela conhecer *incidenter tantum*. (...) Bem de entender é, pois, desde logo, que, na hipótese de processo em curso, o procedimento não guarda pertinência com a previsão constitucional do art. 102, § 1º, do Estatuto Maior. (...) É que, em realidade, diz, imediatamente, com acréscimo na competência do Supremo Tribunal Federal, quanto a processo de índole objetiva, e altera o devido processo, retirando a controvérsia constitucional de seu juiz natural (CF, art. 5º, LIV), com evidente reflexo no sistema de controle difuso de constitucionalidade. (SILVEIRA, José Neri da. Aspectos da definição e objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N. 1, jan./jun. – 2003, p. 186-187).
36. “De fato, a “arguição incidental” tem como consequência imediata repercutir no controle difuso que se vem operando no juízo ou tribunal de origem, onde, em processo judicial, se faz presente a controvérsia constitucional relevante, acerca de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, a ser objeto, então, do controle concentrado de que trata a arguição de descumprimento de preceito fundamental, no STF, a teor do § 1º do art. 102 da Constituição. Interditada-se, no ponto, o ofício do juízo ou tribunal, onde processado o feito, e devolve-se a controvérsia constitucional existente ao controle concentrado do Supremo Tribunal Federal. Penso que, sem autorização constitucional, tal mecanismo não pode ser acionado perante o STF, com os efeitos previstos inclusive no § 3º do art. 5º, quanto à liminar se concedida, e no art. 10, de referência à decisão definitiva. A competência do Supremo Tribunal Federal, em se cogitando de medida judicial, há de estar expressa na Constituição

Não houve, até o momento, decisão colegiada sobre o ponto, e em 21.6.2018, o STF, em sessão plenária, entendeu por converter o julgamento da questão de ordem em diligência, para julgamento do feito. Consta do acórdão que tal se deu considerando o extenso lapso temporal já decorrido, período no qual esteve em vigor a ADPF, já consolidada no cenário nacional.

É possível extrair de tal discussão (embora ocorrida em outro momento histórico) fundamentos (favoráveis e contrários) que podem se aplicar ao debate relativo ao IRDR. Renomados autores defenderam a constitucionalidade da previsão, inclusive diferenciando-a da advocatória, sob o fundamento de que o juiz da demanda não seria afastado de sua posição de julgador, porque ao STF incumbiria apenas dirimir a controvérsia, em abstrato, quanto à constitucionalidade³⁷. Outros autores defenderam a possibilidade de o

ou compreendida em uma das regras constitucionais de sua competência, o que, na espécie, entendo não ocorrer com a denominada “arguição incidental”, diante do enunciado do § 1.º do art. 102 da Lei Magna (...). Penso que é de conferir ao inciso I do parágrafo único do art. 1.º da Lei 9.882/99, interpretação conforme à Constituição, excluindo de sua compreensão a controvérsia constitucional relevante relativa a processo judicial, já em curso, evitando-se, destarte, se converta a arguição de descumprimento de preceito fundamental, com base nesse dispositivo legal, em autêntico e concreto “incidente de inconstitucionalidade”, com imediata repercussão em processo judicial em andamento, em instância inferior, o qual estaria sendo criado, assim, por via legislativa, o que não é de admitir” (SILVEIRA, José Neri da. Aspectos da definição e objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N. 1, jan./jun. – 2003, p. 190-191).

37. Neste sentido: “a arguição de descumprimento de preceito fundamental difere-se, em muito, da antiga advocatória, que era o instrumento através do qual o Supremo Tribunal Federal podia chamar para si o julgamento de qualquer matéria politicamente interessante. Não se trata mais disso. O juiz de direito não é mais afastado da sua posição de julgador, como era anteriormente. O que ocorre é, tão-somente, a prolação de uma decisão pontual pelo Excelso Pretório sobre uma questão constitucional fundamental, que vincula os demais órgãos públicos. Não há julgamento da causa ou usurpação da competência do juiz natural, pois tal mecanismo somente serve para conferir mais unidade ao sistema, tornando uma a interpretação daquilo que é fundamental. Aliás, importante frisar a necessidade de se decidir univocamente sobre tema magno, sob pena de ser atropelada a segurança jurídica e o Estado de Direito, que ficam seriamente prejudicados diante do dissenso acerca dos seus pilares de sustentação, que são os preceitos fundamentais da Lei Maior. Como já dito, o novo instituto tem o papel de fazer uma ligação entre os sistemas de controle difuso e concentrado, pois possibilita que uma questão tratada na via de defesa seja levada a um processo de decisão erga omnes. Tal finalidade em nada se confunde com aquela da advocatória” (BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galilás de Souza. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 30, jan-mar/2000, versão digital). No mesmo sentido: “Aqui, ao contrário do que constata parte da doutrina, não se identifica o malfadado instituto da advocatória. Este instituto, que foi rechaçado pelo legislador constituinte, permitia, por provocação do Procurador-Geral da República e quando decorresse imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança das finanças públicas, que as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais fossem remetidas ao STF. A ADPF com ele não se confunde, pois nesta o âmbito de cognição do STF se circunscreve à constitucionalidade do ato questionado. Através da ADPF é possível que o STF aprecie tão somente a questão constitucional e não o mérito da demanda principal. (...) O seu objetivo é assegurar a eficácia da futura decisão do STF, este sim juízo natural para apreciar, com caráter de definitividade, as questões constitucionais. Além disso, ao contrário do que se passava com o instituto da advocatória, a regra do art. 5.º, § 3.º, da Lei 9.882/1999, não retira do juiz ordinário a competência para julgar a pretensão principal da demanda, mas apenas a questão da constitucionalidade” (BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. Arguição paralela de descumprimento de preceito fundamental. *Revista dos Tribunais*, vol. 917, mar/2012, versão digital).

legislador conformar o alcance e extensão do art. 102, §1º, da Constituição, não havendo ofensa às competências definidas na CRFB³⁸.

A nosso ver, o fundamento empregado no âmbito da ADPF incidental, no sentido de que não haveria inconstitucionalidade pela ausência de julgamento da “causa” poderá ser, de fato, um dos argumentos relevantes para sustentar a constitucionalidade do IRDR, haja vista a similitude entre a natureza e o procedimento de tais institutos³⁹.

De qualquer forma, há, a nosso ver, um argumento adicional que justifica a constitucionalidade do IRDR: entendemos possível extrair a competência para julgamento do IRDR de nosso sistema jurídico, como uma *competência implícita* dos tribunais, enquanto órgãos ordenados em nível superior aos juízos de primeiro grau, com o poder de revisão em relação às decisões inferiores (competência prevista, para os tribunais federais, no art. 108, II, da CRFB). Esta competência implícita estaria justificada constitucionalmente pela exigência de manter coerência e unidade na interpretação e aplicação do direito, e nos direitos fundamentais de isonomia e de segurança jurídica. Se os tribunais podem reformar as decisões dos juízos de primeiro grau, não poderiam definir, em antecipação, qual o entendimento sobre a questão de direito que será, ao final, adotado? Talvez seja possível extrair essa competência do desenho constitucional de nosso sistema judicial.

38. Daniel Neves, por exemplo, defende a constitucionalidade da arguição incidental: “não me parece ter o legislador infraconstitucional criado uma nova forma de controle, apenas disciplinando diferentes procedimentos para instrumentalizar o controle previsto no art. 102, § 1º, da CF” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. São Paulo: Método, 2013). O autor faz importante paralelo entre esta modalidade de controle constitucional e o incidente de uniformização de jurisprudência do CPC/73 (item 4.5. de sua obra), o que é mais um fundamento que corrobora a aproximação ao IRDR. Do mesmo modo, Dirley da Cunha Jr. afirma que “de nossa parte, não vislumbramos, *data venia*, nenhuma inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados, tendo em vista que a modalidade “incidental” da arguição de descumprimento de preceito fundamental insere-se no conceito amplo que lhe emprestou o § 1º do art. 102 da Constituição Federal” (CUNHA JR., Dirley. *Ação de descumprimento de preceito fundamental*. In: DIDIER JR., Fredie. *Ações constitucionais*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 538).

39. Apontamos, quanto a este aspecto, posição de Daniel Sarmiento, referente a ADPF, assemelhando-a ao incidente de uniformização de jurisprudência do CPC/73 e afirmando que o instituto teria simultaneamente uma dimensão objetiva e subjetiva, tal como a “abstração e concretude” que estamos defendendo para o IRDR: “Se o Supremo conhecer da arguição incidental, ele não vai julgar a causa, como acontecia no instituto da Avocatória, de triste memória. Irá tão-somente manifestar-se sobre a questão constitucional, resolvendo-a, sem decidir o caso concreto, à semelhança do que já ocorre no incidente de arguição de inconstitucionalidade nos tribunais, característico do controle difuso, e que se encontra regulado nos art. 480 a 482 do Código de Processo Civil. No entanto, diversamente do que ocorre naquele incidente, aqui a decisão da controvérsia constitucional vinculará não apenas o julgamento do caso concreto que a provocou, mas também a todos os outros em que a mesma questão estiver sendo discutida (...) A arguição incidental guarda algumas semelhanças com tais institutos, pois também possui uma dimensão subjetiva, já que é suscitada em razão de um caso concreto, e uma dimensão objetiva, pois destina-se à proteção da higidez da ordem jurídico-constitucional” (SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Administrativo*. 224: 95-116, abr/jun 2001, p. 97-99).

Mas ainda que se entenda incabível esta linha de pensamento, há outros fatores que precisam ser ponderados antes que se defenda cegamente a inconstitucionalidade do IRDR por violação à tipicidade das competências constitucionais.

É que há, em nosso sistema, alguns outros institutos, previstos por legislação infraconstitucional e manejados sem muito alarde há bastante tempo, que não encontram fundamento (ao menos não claramente) nas atribuições constitucionais dos tribunais de segundo grau.

Com efeito, parece não haver nas competências descritas na Constituição a autorização para que os tribunais julguem, por exemplo, o incidente de suspeição ou impedimento (art. 146 do CPC/2015)⁴⁰. Também é o que parece ocorrer com o incidente de suspensão de segurança⁴¹. Há, ainda, o instituto do desaforamento, próprio do processo penal (art. 427, CPP), julgado pelos tribunais, ainda que não haja na Constituição uma autorização clara quanto a esta competência.

De mais a mais, a seguir este entendimento, também poder-se-ia cogitar a inconstitucionalidade da reclamação para os tribunais regionais, prevista clara e expressamente no CPC/2015 (art. 988, IV) e adotada como um dos institutos importantes para a efetividade do “sistema de precedentes” instituído no novo diploma processual, já que isso extrapolaria as competências previstas na CRFB.⁴²

Por ora, tendo em vista a clara opção legal, e não declarada a inconstitucionalidade desta previsão pelo Supremo Tribunal Federal, é de se reputar ser legítima a instauração do IRDR a partir de processos em primeiro grau.

40. Este exemplo foi referido primeiramente por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, orientador da dissertação que gerou este trabalho. Aluisio também vem defendendo a instauração a partir do primeiro grau, refutando a alegação de inconstitucionalidade ora analisada.

41. Marcelo Abella Rodrigues entende que é hipótese de competência hierárquica originária: *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. São Paulo: RT, 2000, p. 111.

42. É verdade que se poderia defender que a competência para a reclamação nos tribunais de segundo grau estaria implícita no sistema e poderia ser extraída por simetria em relação às previsões dos arts. 102, I, “I”, e 105, I, “f” da CRFB, que preveem o cabimento de reclamação ao STF e ao STJ para preservação de sua competência e da autoridade de suas decisões. Mas então será que não se poderia extrair a competência para uniformizar a interpretação do direito a nível estadual ou regional (através do IRDR), por simetria ao *caput* do art. 102, que determina que compete ao STF a guarda da Constituição? Ou ao inciso III deste mesmo artigo, que trata da contrariedade à Constituição? Ou, ainda, ao 105, III, “a”? Claro que esta interpretação não é tão intuitiva como aquela, mas parece que o sistema pode admiti-la.