
**NOTAS SOBRE O JUÍZO DE *ADMISSIBILIDADE E MÉRITO* DO
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**

***NOTES ABOUT THE ADMISSIBILITY AND MERIT OF THE INCIDENT
OF RESOLUTION OF REPETITIVE DEMANDS***

MARCELO ABELHA RODRIGUES

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), onde atuou como professor assistente do Prof. Nelson Nery Jr. E posteriormente ingressou, por concurso, no quadro da graduação da PUC-SP como professor das cadeiras de direito processual civil e direito ambiental. No Espírito Santo, é Professor Associado I do Departamento de Direito, atuando nos cursos de graduação e pós-graduação (Mestrado em Direito Processual) da Universidade Federal do Espírito Santo, além de advogado militante. Com diversos trabalhos e artigos publicados em revistas nacionais e internacionais de direito processual e de direito ambiental. É membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, vice-presidente da Sociedade Capixaba de Direito Processual e professor de pós-graduação em diversas universidades brasileiras, e tem frequentemente composto bancas examinadoras de mestrado e doutorado.

RESUMO

O presente artigo versa sobre uma séria questão envolvendo um dos institutos mais importantes do CPC de 2015. Trata-se da compreensão exata dos (1) elementos que compõem e do (2) momento em que ocorrem o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas, cujo procedimento está diretamente regulado pelos artigos 976 e ss. do CPC e subsidiariamente guarnecido pelos artigos 1036 a 1045 por expressa orientação do artigo 928 do CPC, por considera-lo uma espécie da técnica de resolução de casos repetitivos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil; Código de Processo Civil; Juízo de Admissibilidade; Demandas Repetitivas.

ABSTRACT

This article is about a serious issue involving one of the most important institutes of the Brazilian Code of Civil Procedure of 2015. It is about the exact understanding of (1) the elements that make up and the (2) moment in which the judgment occurs of admissibility and judgment of merit of the incident of resolution of repetitive demands, whose procedure is directly regulated by articles 976 et seq. of the CPC and subsidiarily garnished by arts. 1036 to 1045 by express guidance of article 928 of the CPC.

KEYWORDS: Civil Procedure Law; Brazilian Civil Procedure Law; Judgments of admissibility; Repetitive demands.

INTRODUÇÃO

Pretende o presente ensaio trazer à reflexão e à discussão o tema do juízo de admissibilidade e mérito no incidente de resolução de demandas repetitivas. O nó da celeuma reside no fato de que admitir e julgar, terminologia sedimentada para tratar admissibilidade e mérito de ação, recursos e incidentes não podem ser aplicados de modo instintivo para o IRDR porque tal instituto é um incidente processual com natureza de “processo objetivo”, e, portanto, dizer que estão presentes seus requisitos não implica em reconhecer a natureza processual deles, pois deve compreender os requisitos processuais e materiais de cabimento do instituto. Esses cuidados são importantíssimos não apenas por razões didáticas ou acadêmicas, para também porque dependendo do caso da “inadmissão” pode não ser possível reinstaurar o incidente simplesmente porque o vício pode ser incorrigível. Portanto, a estabilidade das decisões proferidas nas etapas do IRDR, por exemplo, é um fator muito importante na correta identificação do que seja instaurar e julgar o incidente

2 O INCIDENTE SE PRESTA À RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS OU A QUESTÕES DE DIREITO REPETITIVAS?

Com a promessa de ser um instituto processual atuante em prol de nobilíssimos objetivos, tais como: I) a razoável duração do processo, II) a isonomia entre os jurisdicionados, III) a eficiência da atividade jurisdicional, IV) a estabilidade do direito objetivo, V) a coerência do direito jurisprudencial, etc., o IRDR foi recebido com regozijo e alegria pelos operadores do direito.

Nele enxergaram uma espécie de *técnica multifuncional* que além dos vários objetivos mencionados, ainda por cima seria dotado de um *pedigree estrangeiro* como menciona a *exposição de motivos do anteprojeto do CPC (musterverfahren)*, e, porque não dizer, por tabela, da *group litigation order*, do *collateral estoppel* e da agregação de causas.

Outros, mais comedidos, viram neste instituto uma espécie de simples up grade do revogado incidente de uniformização da jurisprudência (art. 476 do CPC), e, ainda, do mais velho e esquecido incidente do prejulgado (Decreto n.º 16273/1923 e art. 861 do CPC/1939), o que, por sua vez, remontaria ainda o mais longínquo instituto do assentos do Reino de Portugal presentes nas clássicas ordenações do Reino de Portugal, que foi, inclusive, objeto de lei específica (Lei da boa razão) editada pelo Marques de Pombal (TELLES, 1867).

Aliás, justiça seja feita, pois nosso mestre maior Barbosa Moreira (2010, p. 7), há muito já havia dito que no projeto do CPC de 1973, portanto, há quase 50 anos, tentou-se emplacar a técnica dos “assentos vinculativos”, mas a Comissão Revisora teria identificado um certo colorido de inconstitucionalidade na intenção de se lhe atribuir, à época, uma eficácia vinculante aos assentos, e, por causa disso, a referida Comissão propôs a sua modificação, que, ao final, com “sugestões e temperanças”, acomodou-se na figura do incidente de uniformização da jurisprudência (art. 476 e ss. do CPC revogado), que então eram formadores de súmulas com eficácia orientadora¹. Com a ditadura fervendo no país naquela época, poderia até soar como uma regra

¹ Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

autoritária. Mudança dos tempos e dos ventos e, porque processo é cultura (LACERDA, 1960). A técnica do julgamento por amostragem com eficácia vinculante para terceiros é tida, hoje, com escusas à paródia do anglicismo tão em moda, o must da isonomia entre os jurisdicionados.

Retomando o fio da meada, com certo tom de ansiedade delirante, vaticinou-se que com o IRDR varrer-se-iam os milhares de casos repetitivos existentes (e a porvir), reduzindo os dramáticos números alardeados pelo CNJ sobre o Judiciário brasileiro, tudo por meio da utilização dos “precedentes vinculantes” que neles fossem construídos.

É verdade que nem mesmo o descompasso entre o nome do instituto e o seu objeto, serviram de trava ou freio para domar, ou quem sabe tornar mais recatado, o efusivo, e às vezes ingênuo, furor de ver no IRDR um mix perfeito de possibilidades e finalidades, sem enxergar que nele poderia estar escondido um enorme risco à democracia processual.

De fato, à letra clara e redonda da lei, neste incidente de resolução não se resolvem (e ainda bem que não...) as demandas repetitivas (...), já que seu objeto não é, desculpem-me a repetição e o trocadilho, demandas repetitivas, mas apenas as idênticas questões de direito que tenham se repetido em processos e, ainda por cima, desde que esta repetição constitua um risco à isonomia e à segurança jurídica, para usarmos a mesma terminologia dos incisos I e II do artigo 976 do CPC.

Longe de ter por “objeto” a “resolução de demandas repetitivas”, este incidente tem por objetivo a resolução de “idênticas questões de direito”. Entre o primeiro e o segundo alvo de julgamento há uma distância absurda, seja qualitativa, seja quantitativa.

Curiosamente, apenas para se ter ideia do problema, é perfeitamente possível a utilização do IRDR mesmo que não existam demandas repetitivas (!!), pois, a replicação de questões de direito pode existir em demandas múltiplas, que tenham em comum apenas a tal “questão de direito”.

Tomemos de exemplo o fenômeno recente que ocorreu no TJES onde a verificação da tempestividade do protocolo postal passou a ser uma séria e controvertida questão de direito presente em inúmeros recursos de apelação que, afora este ponto comum (contagem do prazo no protocolo postal), não guardavam

relação entre si de qualquer questão de fato ou direito. Enfim, são questões repetitivas não provenientes de demandas repetitivas.²

Eis aí uma primeira advertência para os operadores do direito: o IRDR saiu do forno legislativo mutilado e capenga, pois nada obstante a alvissareira alcunha que lhe foi dada, e que lhe foi mantida mesmo após a amputação no Congresso, o seu objeto acabou sendo bem mais reduzido do que se propunha originalmente, e, confessamos, ainda bem que o tenha sido.

O IRDR era para ser, e servir, ao julgamento, in abstracto, de “questões de fato e de direito” replicadas em múltiplas demandas, o que se daria por meio de procedimento modelo voltado à formação de uma norma/texto abstrata vinculante. Contudo, o texto original foi alterado no Congresso e o incidente de resolução de demandas repetitivas acabou se tornando um incidente de resolução de questões de direito repetitivas (TEMER, 2016).

Portanto, de início, considerando que – tragicamente - já somos calejados e vacinados em antever as violações e desrespeitos aos direitos fundamentais pelo Poder Estatal, rico em exemplos deste jaez, é certo que já deveríamos olhar com um certo ar de desconfiança, um certo olhar de soslaio [...] para um instituto que tem um nome que não corresponde àquilo que ele é, afinal de contas, feliz ou infelizmente, o incidente de resolução de demandas repetitivas não se presta, a priori, para à resolução de demandas repetitivas. Pode até ser que contribua para isso, mas este não é o seu desiderato. Entre resolver questões de direito – e apenas de direito! – replicadas em “demandas” que nem sequer precisam ser repetitivas, e, resolver demandas repetitivas há uma inominável distância.

Contudo, dos males o menor, pois antes seja um instituto com o nome torto e com objeto mais restrito do que o inverso, ou ainda, pior seria se nenhum engodo houvesse, e se de fato, num Judiciário impulsionado por reduzir números, o nosso personagem tivesse realmente a função de eliminar todas as demandas repetitivas

² Se as questões unicamente de direito replicadas em múltiplas demandas constituírem *questões prejudiciais do mérito* e se todas forem provenientes do mesmo litígio de massa, certamente que a “tese jurídica” construída no IRDR será, atendida a regra do artigo 503, §§1º e 2º do CPC, uma espécie de *coisa julgada coletiva sobre questão prejudicial* a ser transportada para demandas individuais, facilitando o que o Código disse, sem pudores e causador de calafrios, tratar-se de “julgamento em bloco” (art. 12,§2º, II), expressão que é “sonho de consumo” para atender metas e mais metas de redução causas.

com base num texto abstrato (“precedente” vinculante ut in posterum para questões idênticas) fabricado nos tribunais.

Além da falta de relação entre signo e significado, existem muitos outros problemas, graves e agudos, de baixa e alta frequência, envolvendo o IRDR. Contudo, nestas singelas “notas”, a celeuma que se pretende levantar à discussão e à reflexão diz respeito à identificação do que compõe o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito do IRDR.

3 ADMISSIBILIDADE (INSTAURAÇÃO) E MÉRITO (JULGAMENTO) NO IRDR

A escolha deste título e do objeto deste ensaio não é fruto apenas de uma preocupação acadêmica, senão porque, na prática, tem sido comum a confusão, ou incompreensão, entre admitir o incidente e julgar o incidente.

Isso porque o legislador não teve o necessário cuidado com o vernáculo processual ao usar as expressões instauração e julgamento, sem identificar “exatamente o quê” constitui a admissibilidade e o mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas, mormente sob a perspectiva já consagrada do que se sedimentou sobre o que é admitir e o que é julgar os recursos as ações e os incidentes processuais.

Tenho que confessar também que, iniciado com nó na garganta em 26.08.2017, o título e objeto deste ensaio é uma humilde e carinhosa lembrança à tese de livre docência do maior processualista brasileiro, o Professor José Carlos, como ele gostava de ser chamado, e com quem tive a honra e alegria de compartilhar a amizade em muitos momentos importantes da minha vida acadêmica³.

³ Reproduzo aqui trecho que escrevi em texto publicado na obra coordenada pelo Professor Adroaldo Furtado Fabrício (2007) em homenagem ao querido Professor José Carlos, que, com singular e peculiar hilaridade, quando, ao telefone, me convidou para dela participar, dizia se tratar de livro em sua homenagem “*por mim autorizado*”. Eis o trecho “Ainda me recorde vivamente daquele dia. Na verdade, quase noite, em que o saudoso e querido Prof. James Tubenshlak, organizador do evento no qual eu iria proferir palestra, interrompeu-me no corredor do hotel e me convidou, em tom de exortação, para proferir uma homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira. É que o responsável pela deferência, o Prof. J. J. Calmon de Passos, não conseguiria chegar a tempo, e, assim, foi necessário encontrar um suplente para realizar a honraria. Não sei até hoje o que de fato impediu a chegada do mestre baiano, mas certamente agradei muito ao destino, e, é claro ao querido James, que me conhecera até então há pouquíssimo tempo. Logo que ele lançou o convite, fiquei mudo, e respondi que sim com a cabeça sem soltar um som sequer, como se tivesse sido hipnotizado instantaneamente. Emudeci, porque,

Não bastasse o defeito mencionado no tópico anterior, envolvendo a desconexão entre o nome e o objeto do IRDR, outro reparo terminológico pulula aos olhos no vernáculo empregado para distinguir o que o legislador chamou de instauração e julgamento do IRDR, ao dizer no artigo 981 que:

Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976.

confesso-lhes, só tive dois ídolos em minha vida, coincidentemente, ambos cariocas: Arthur Antunes Coimbra, vulgo “Zico”, do Clube de Regatas Flamengo, e o Prof. José Carlos Barbosa Moreira, ou simplesmente “Barbosa Moreira” do Direito Processual Civil. O primeiro, admirado na infância, teve a idolatria aos poucos volatizada, ainda no início da adolescência, quando trocou o rubro-negro por um time recém-saído da segunda divisão do país da bota (Udinese). Nunca cheguei a conhecer o Zico. O segundo ídolo, Prof. José Carlos Barbosa Moreira, conheci pelos livros da Biblioteca da Universidade Federal do Espírito Santo. Meu primeiro contato foi um texto “Ainda e sempre a coisa julgada”, que perdi a conta de quantas e quantas vezes eu li. Depois desse texto, passei a ler tudo, literalmente tudo que já havia sido publicado pelo professor, e cheguei a fazer uma apostila de textos por ele publicados. Os “temas” não eram reeditados e só me restava a cópia reprográfica ou a sorte de encontrar os três primeiros “temas” no “sebo”. Com o tempo eu os encontrei Nesta fase, conheci outros professores que também admiravam o meu ídolo, como o Prof. Cleanto Guimarães Siqueira e o Prof. Álvaro Bourguignon, tão importantes na minha formação acadêmica. Desde então, embora tenha lido Chiovenda, com notas de Liebman, Carnelutti e Calamandrei, além do próprio Liebman, eu não conseguia negar a minha admiração pelo Prof. José Carlos. Lembro-me de “matar aula” para ler na biblioteca da UFES seus artigos e textos novos, tal como se eu estivesse indo ao cinema ver um sucesso de bilheteria. Lembro-me ainda, já como professor, de fazer grupos de pesquisa que analisavam todas às quartas-feiras à noite textos do Prof. José Carlos. Desde então – ao contrário do Zico – minha admiração foi crescendo e crescendo e, por isso, pode-se agora perceber por que fiquei mudo quando o saudoso James me pediu para homenageá-lo no Congresso. Naquela fração de segundos, tudo isso passou pela minha cabeça, e, por um instante, lembrando-me da paradoxal erudição e simplicidade dos seus escritos, pensei que não seria capaz de fazer uma homenagem à altura e porte da sua importância. Mesmo assim aceitei o desafio. Fui para casa e dividi com meus familiares a minha emoção. Todos já “conheciam” o Prof. José Carlos Barbosa Moreira, e se atreviam até mesmo a chamá-lo pelos últimos sobrenomes, como, aliás, muitos fazem. Perdi a conta de quantos papéis rabisquei e rasguei (eu disse isso no texto da homenagem), mas, no final, o resultado foi uma homenagem simples e encharcada de emoção. Tomei-me de uma legitimidade extraordinária e falei para mais mil congressistas aquilo que quase todos gostariam de dizer. Eu podia falar porque já tinha lido tudo o que escrevera. Quando o conheci, pessoalmente, junto à Sra. Gilka, percebi que ele era exatamente a pessoa que eu imaginava, e, por isso, desde então, tenho-o como uma referência decisiva na minha formação pessoal e acadêmica. Após aquele dia, mantemos um regular contato, e fui várias vezes apresentado com citações do meu nome e obra em seus escritos, que continuo devorando, tal como o faminto pelo prato de comida. Várias vezes atendeu aos meus pedidos e compareceu à Vitória para lecionar para meus alunos em congressos e eventos. Sempre me manda, com dedicatória amável e caligrafia impecável, os textos publicados nas separatas da Editora Forense, ou a nova edição de seus livros, que ocupam espaço central na minha sala de trabalho. Essa homenagem é mais do que justa e merecida. Sou suspeito para falar. Estou emocionado e feliz por fazer parte desse grupo”. “Apresentação e crítica de alguns aspectos que tornam a suspensão de segurança um remédio judicial execrável” (FURTADO, 2007, p. 465-6).

Como se observa no texto acima, o legislador considerou como “juízo de admissibilidade do IRDR” a “verificação dos pressupostos do art. 976” pelo órgão colegiado.

Sendo mais preciso, o juízo de admissibilidade corresponderia ao que ele denomina de “instauração do incidente” e recairia sobre a análise dos pressupostos de “admissibilidade”, do artigo 976, a saber:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Já no caput do artigo seguinte, numa alusão a uma sequência procedimental lógica do IRDR, enumera poderes do Relator depois que for “admitido o incidente”, sendo um deles justamente o de preparar o IRDR para ser “julgado” pelo órgão colegiado, como menciona o caput do artigo 984.

Por sua vez, no artigo 987, de forma mais contundente, diz o legislador que do “julgamento do mérito” do incidente, ou seja, do julgamento que definir a tese jurídica para a questão controvertida, caberá recurso especial e extraordinário, conforme o caso.

Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. § 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida. § 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Essas observações são apenas para demonstrar a clara e inequívoca nomenclatura do legislador brasileiro ao atribuir às fases de “instauração” e

“julgamento” do IRDR como sendo, respectivamente, os seus juízos de admissibilidade e de mérito.

4 ADMISSIBILIDADE E MÉRITO NOS PROCESSOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS

4.1 ADVERTÊNCIA INICIAL

O juízo de admissibilidade e o juízo de mérito é terminologia que frequentemente nos acostumamos a utilizar para recursos, ações e incidentes onde o que se tutela é o direito subjetivo, ou seja, quando se aplica a norma ao caso concreto, resolvendo um conflito intersubjetivo de interesses.

Entretanto, cuidado há que se ter quando a mesma terminologia (admissibilidade e mérito) é empregada aos processos objetivos onde o alvo precípua é a tutela do direito objetivo, tal como ocorre no IRDR, que se propõe a formar, na sua parte dispositiva e não na sua *ratio decidendi*, precedentes vinculantes abstratos como deixa claro o CPC.

Sendo mais claro, é preciso ter cuidado para não baralhar a admissibilidade e mérito sob a perspectiva do “procedimento abstrato e concentrado” do IRDR com a admissibilidade e mérito dos processos subjetivos referentes aos recursos, ações e incidentes em geral.

NO CPC o juízo de admissibilidade do IRDR é o juízo que verifica a ocorrência dos “pressupostos do artigo 976” (instauração do incidente), e, o juízo de mérito é apenas aquele que “fixa a tese jurídica sobre a questão de direito controvertida” (julgamento do incidente), mas tal terminologia não guarda relação biunívoca com o que se denomina de admissibilidade e mérito dos processos subjetivos. É o que veremos adiante.

4.2 COGNIÇÃO E JULGAMENTO TANTO NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE, QUANTO NO JUÍZO DE MÉRITO DOS ATOS POSTULATÓRIOS

Não se pode esquecer que toda postulação que se formula ao Poder Judiciário⁴, seja ela provocativa de uma ação, de um recurso ou de um incidente processual em causas onde o que está em disputa é um conflito de interesses intersubjetivos para resolver um caso concreto, deve-se nela distinguir o que se denomina de juízo de admissibilidade do juízo de mérito, sem desdenhar que, num e noutro caso, exerce-se um juízo cognitivo sobre um determinado objeto.

Este “juízo cognitivo” sobre um “determinado objeto” pode estar atrelado à um juízo de admissão, e, dependendo do resultado deste, habilita-se a um juízo de mérito. Há, por óbvio, um julgamento (cognição judicial sobre um objeto) tanto num “juízo” de admissibilidade, quanto num “juízo” de mérito.

O que aprendemos a distinguir desde o clássico “juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis” (BARBOSA MOREIRA, 1968), é que, num ou noutro caso, o que é realmente diferente é o objeto de julgamento, e, obviamente, as consequências daí decorrentes. Mais que isso, há uma relação determinista antecedente-consequente, entre o juízo de admissibilidade, que é preliminar e condicionante, do juízo de mérito que eventualmente lhe sucede (GUIMARÃES, 1969, p.13; BARBOSA MOREIRA, 1997). Só se adentra no segundo se, tendo sido julgado e superado o primeiro, e desde que neste não tenha sido acolhida uma situação jurídica impeditiva ao prosseguimento do segundo, como se observa no, não menos clássico, “questões prejudiciais e coisa julgada”, também do nosso maior mestre José Carlos Barbosa Moreira (1967).

É preciso não confundir que na etapa de julgamento denominada de “juízo de mérito” (seja em uma ação, incidente ou um recurso), o seu objeto de julgamento tanto pode recair sobre um tema processual ou um tema atrelado à questão de fundo do conflito deduzido em juízo, como facilmente se observa num recurso de apelação que tanto pode ter por mérito uma questão processual ou uma questão material. Ora, a questão preliminar e a questão principal podem ser de qualquer natureza, ou seja, um

⁴ Vale aqui a perspectiva “gênero” dos “atos postulatórios argumentativos” exposta por Bruno Oliveira (2011).

conteúdo processual ou material, sendo importante revelar que a primeira, preliminar, é antecedente lógico da segunda, chamada de principal (BARBOSA MOREIRA, 1989, p. 95 ss.).

4.3 O CONTEÚDO DA ADMISSIBILIDADE (INSTAURAÇÃO) E O MÉRITO (JULGAMENTO) NO IRDR E NA CAUSA DE SUA ORIGEM

Conquanto a nomenclatura do juízo de admissibilidade e juízo de mérito seja bastante utilizada, e desenvolvida, para o estudo dos recursos, inclusive para se dizer que um recurso foi admitido ou inadmitido, ou então provido ou improvido, a verdade é que as expressões “juízo de admissibilidade e juízo de mérito” servem para qualquer ato postulatório formulado ao Poder Judiciário (BARBOSA MOREIRA, 1996). Frise-se, rogando vênias por minha teimosia, esta terminologia serve tanto para a “ação”, quanto para os “recursos” e para os “incidentes processuais” como já mencionamos alhures para os processos subjetivos.

É importante a ressalva relativa aos processos subjetivos, porque em se tratando de ações e incidentes processuais que cuidam da tutela em abstrato e concentrada do direito objetivo, como aliás para o qual se presta o IRDR, então, aquilo que se denomina de admissibilidade e mérito no artigo 976 e ss., tem uma feição um pouco diferente (MENDES e TEMER, 2017, p. 201; TEMER, 2017, p. 80). Frise-se, para incidentes concentrados que tipicamente protegem processos objetivos os conceitos aqui utilizados de admissibilidade e mérito, embora homônimos, não têm o mesmo conteúdo.

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal é farto de decisões que invocam a distinção destes tipos de processos para rechaçar, por exemplo, a utilização da intervenção de terceiros, das regras de suspeição e impedimento, das regras particulares de comportamentos processuais que se aplicam ao conflito de interesses subjetivos para o modelo de processo (objetivo), dada a diferença entre um e outro⁵ (MENDES, 2007; p. 162; CANOTILHO, 1993, p. 1.032-1.033).

⁵ Na esteira do Voto do Ministro Celso de Mello na ADI 1350: “É que o instituto da oposição (CPC, arts. 56/61), por *restringir-se* ao plano exclusivo dos *processos subjetivos* (em cujo âmbito discutem-se situações *individuais* e interesses *concretos*), não se estende e nem se aplica ao processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, que se qualifica como típico *processo de caráter objetivo*,

É preciso recordar que o IRDR é, como o nome mesmo indica, um incidente que brota de um recurso, ação, remessa necessária em curso no Tribunal (no curso de um processo subjetivo). Entretanto, desabrochado este broto, duas situações jurídicas distintas daí decorrem: I) A causa (recurso, ação, remessa necessária, etc.) de onde ele surgiu terá sua competência deslocada para outro órgão do tribunal; II) O incidente “nascido” seguirá um procedimento que se destina à formação de textos abstratos vinculantes (processo objetivo) sobre a tal questão de direito.

O mesmo órgão do tribunal que for o competente para fixar a interpretação da questão de direito no âmbito do IRDR, portanto, tutela do direito objetivo, também deverá julgar, de “brinde”⁶, e, posteriormente ao julgamento do IRDR⁷, o caso concreto (processo subjetivo) de onde ele emanou (o recurso, remessa necessária ou ação).

Essa dupla função do órgão de cúpula do Tribunal só não acontecerá se o titular da causa de ela desistir, caso em que incidiria o art. 976, §1º ao dizer que “a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente”. Por aí se observa a natureza de ordem pública do incidente e seu papel de processo que tem por objeto a tutela prefacial da inteireza do direito objetivo, ainda que reconheçamos que esta estabilidade, inteireza, coerência constitui uma característica que deve ser inato a uma República Federativa e, portanto, um direito fundamental de todos.⁸

sine contradictores, destinado a viabilizar ‘o julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas de validade de lei em tese ...’ (RTJ95/999, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei)” (STJ, 1996).

⁶ Inserido no apagar das luzes da tramitação do CPC, o parágrafo único do artigo 978 fez um desserviço ao procedimento, pois transformou o *procedimento modelo* em *procedimento piloto*. Se a intenção era dizer que só se poderia instaurar o IRDR a partir de causas em trâmite no tribunal, o que nos parece adequado em prol da proteção dos direitos fundamentais processuais, não precisava tê-lo feito com a redação estabelecida, *in verbis*: “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”.

⁷ Não faz nenhum, absolutamente nenhum sentido, que o órgão de cúpula do Tribunal julgue a causa de onde emanou o incidente, antes do próprio incidente, pois este definirá como deve ser interpretada uma questão de direito que se coloca como antecedente lógico daquela causa.

⁸ “Cuida-se de um “processo” que constitui, como outro qualquer, instrumento da jurisdição (no caso constitucional concentrada); através dele será solucionada uma questão constitucional. Não pode ser tomado, todavia, como meio para a composição da lide. É que, sendo “objetivo”, inexistente lide no processo inaugurado pela ação direta genérica de inconstitucionalidade. Não há, afinal, pretensão resistida” (CLÈVE, 1995). No mesmo sentido, conferir CANOTILHO (1993, p. 1.068): “Não obstante se ter falado de legitimidade processual activa e de legitimidade processual passiva, o processo abstracto de controlo de normas não é um processo contraditório, na qual as partes litigam pela defesa de direitos subjectivos ou pela aplicação de direito subjectivamente relevante. Trata-se fundamentalmente de um

Por isso, o mesmo órgão do tribunal deverá ficar atento para o fato de que ele irá julgar, separada e autonomamente, o IRDR (processo objetivo) e uma causa de onde o incidente emanou (processo subjetivo), de forma que o que é chamado de juízo de mérito e juízo de admissibilidade do incidente de resolução de questões de direito repetitivas, não coincide, de forma alguma, com o juízo de mérito e o juízo de admissibilidade da ação ou recurso ou remessa necessária que deu origem ao referido IRDR. Lá é exercício de tutela jurisdicional do direito objetivo, aqui do direito subjetivo. E, sabemos que o juízo de admissibilidade e mérito num e noutro caso são bastante diferentes. O mesmo órgão deve ter essa consciência de que, embora sejam mãe e filho, o incidente tem uma admissibilidade e um mérito qualitativamente diferentes da causa que o originou.

Recorde-se, assim, apenas por alegoria, que nos processos subjetivos (ações, recursos, remessa necessária ou incidentes) e especialmente em incidentes subjetivos de competência originária de tribunal - evidencia-se com clareza, quase ofuscante, a diferença entre os momentos da admissibilidade e mérito do incidente.

Assim, v.g., é o que se observa no conflito de competência que tem, por exemplo, na legitimidade um elemento integrante do juízo de admissibilidade e a definição do juízo competente de determinada causa o elemento principal do juízo de mérito. Da mesma forma o incidente de suspeição do juiz da causa, onde a tempestividade é elemento integrante do juízo de admissibilidade e a verificação da existência ou não da suspeição constitui o juízo de mérito. O mesmo se passa com o incidente de suspensão de segurança (art. 15 da Lei 12.016/2009) onde a legitimidade integra o juízo de admissibilidade e a suspensão da execução da execução pela existência de risco de grave lesão ao interesse público é o que se pode denominar de juízo de mérito do incidente.

Contudo, quando se trata de processos objetivos, como no presente caso, o juízo de admissibilidade e de mérito do IRDR não pode ser tratado sinonimamente aos processos subjetivos. Logo, ainda que o legislador brasileiro tenha denominado de juízo de admissibilidade e juízo de mérito do IRDR, como sendo, respectivamente,

processo objectivo sem contraditores, embora os autores do acto normativo submetido a impugnação possam ser ouvidos (daí a utilidade de se falar em legitimidade processual passiva) ”.

a sua instauração e julgamento do incidente, é preciso compreender o fenômeno sob a perspectiva dos processos objetivos.

Em primeiro lugar é preciso descortinar o equívoco do legislador processual ao baralhar o conceito de juízo de admissibilidade e juízo de mérito no IRDR – equívoco que não é tão incomum para o legislador neste assunto, já que, como dito alhures, não há “julgamento” apenas quando se fixa a tese jurídica, mas também quando se “julga” a instauração do incidente (MOREIRA, 2007, p. 293).

Observe-se que tanto naquilo que ele denominou de “instauração” (que o legislador tratou como admissibilidade), quanto naquilo que ele chamou de “julgamento” do incidente (tratado como mérito) há, sem dúvida, um juízo cognitivo sobre um objeto. Sendo mais claro, tanto na instauração quanto no julgamento do IRDR há um “julgamento”. A palavra “julgamento” é usada no artigo 981 do CPC como metáfora de juízo de mérito, o que, concessa máxima vênia, não está correto. Julgamento há tanto na “instauração” quanto no “julgamento” do IRDR. Mas isso é o de menos. A atenção deve estar focada para outro aspecto.

É que aquilo que o legislador toma como juízo de admissibilidade do incidente é, na verdade um “juízo de mérito”, a não ser que tivesse feito a advertência ao operador do direito que estaríamos diante de um juízo de admissibilidade um pouco diferente daquilo que conhecemos, posto que se trata de admissibilidade de requisitos materiais de um procedimento objetivo.

Em outras palavras, pedindo vênia pela repetição, tanto o que se aprecia na fase de instauração, quanto no que se aprecia na fase de julgamento, ambos fazem parte do juízo de mérito do incidente, nada obstante o legislador mencionar que a fase de instauração é para admitir ou inadmitir o incidente, tal como menciona expressamente o artigo 981. Isso porque estamos diante de um processo objetivo de procedimento concentrado para formação de “precedentes vinculantes” para o futuro⁹. Os tais requisitos mencionados no texto legal são requisitos materiais (art. 976, I e II) e não meros aspectos processuais que, sem trocadilho, devem ser pressupostos também.

⁹ Entre aspas porque se trata de um “*stare decisis à brasileira*”, expressão usada por Lenio Streck e Georges Abboud (2016) em certo, direto e crítico texto.

4.4 AS TRÊS ETAPAS DE JULGAMENTO DO IRDR

A verificação em concreto da presença dos fundamentos dos incisos I e II do artigo 976 do CPC¹⁰ constituem análise da causa de pedir do processo objetivo que constitui o IRDR, e, não podem ser tomados como requisitos de admissão meramente processuais típicos de um processo subjetivo. Os dois fundamentos mencionados no artigo 976, I e II do CPC constituem o que se denomina de “questões de mérito” do incidente, enquanto que a fixação da tese jurídica constitui o seu pedido propriamente dito.¹¹ São as peculiaridades e idiosincrasias do modelo objetivo de processo que tutela o direito objetivo e não visa a resolução de um conflito em concreto. A “admissibilidade” ou “requisitos de admissibilidade” do processo objetivo correspondem aos fundamentos de natureza material que devem estar presentes para que se avance sobre a questão principal que é, no caso, a fixação da tese jurídica sobre a questão de direito.

Ora, o incidente de resolução de demandas repetitivas, como aliás qualquer incidente processual, ainda que vinculado a um processo objetivo, tem uma pretensão, uma causa de pedir, e, além disso, vários requisitos processuais para que seja admitido. Logo, se fossemos usar a terminologia tradicional consagrada para o processo subjetivo, então o tal juízo de mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas deveria recair sobre a sua causa de pedir e seu pedido, enquanto que o verdadeiro e genuíno juízo de admissibilidade deveria recair sobre todas as questões processuais que sejam preliminares e condicionantes do tal juízo de mérito.

O fato de o juízo da instauração ser feito em etapa diversa da apreciação do pedido não desnatura o fato de que ambas integram o “juízo de mérito” do incidente de natureza de processo objetivo. A perspectiva de os pressupostos materiais do *processo objetivo* serem aferidas em momento anterior, e em juízo prévio, da própria

¹⁰ Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - Efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

¹¹ O IRDR é um incidente processual prestável à fixação de norma judicial vinculante, num típico procedimento abstrato. O IRDR não se presta, paralelamente, à resolução das causas ou da causa de onde brotou o incidente. Ela será feita pelo mesmo órgão julgador do incidente, posteriormente ao julgamento deste, mas com este não se confunde.

definição da questão de direito não quer dizer que não componham o *mérito* do referido processo.

Para deixar claro e fora de dúvidas no incidente de resolução de demandas repetitivas o seu *pedido* é a *fixação da tese jurídica sobre a questão de direito controvertida*, enquanto que a *causa de pedir* é a (demonstração) da ocorrência simultânea de duas situações: I) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Ora, bem sabemos que pedido e causa de pedir constituem o juízo de mérito e não o juízo de admissibilidade, e, ainda que se trate de um processo objetivo, nada impede que o que se chama de admissibilidade do IRDR (instauração) venha a ser tomado como juízo meritório sobre os seus pressupostos materiais ou fundamentos (LIEBMAN, 1984). Logo, aquilo que se denomina de “instauração” do incidente nada mais é do que o julgamento da presença dos requisitos materiais para julgamento do pedido, ou seja, da sua “causa de pedir”, se é que assim podemos dizer para os “processos objetivos”.

Obviamente que um procedimento abstrato de formação do “precedente vinculante” não se julga procedente ou improcedente o pedido porque não há caso concreto a julgar, senão apenas toma-se de análise uma questão de direito controvertida replicada em vários processos, que será abstratamente analisada para definir qual deve ser a sua interpretação formando uma norma-texto judicial vinculante de casos presentes (sobrestados) e futuros. Entretanto, para que se chegue a esta etapa do julgamento, é preciso antes verificar se estão presentes não apenas os requisitos materiais, mas também os processuais do incidente. Portanto, não se afasta a existência de um pedido e uma “causa de pedir” que constituam o juízo de mérito, bem como também não afasta a necessidade de que estejam presentes os aspectos processuais que sejam preliminares, que precisam ser analisados e superados para que se reconheça a instauração e o julgamento do IRDR (TEMER, 2017, p. 91).

O fato de haver neste procedimento do IRDR uma espécie de dupla etapa de mérito, primeiro dos fundamentos materiais e segundo da definição da interpretação da questão de direito, não quer dizer como dito que a destinada a verificação em concreto dos pressupostos materiais dos incisos I e II do artigo 976 não seja uma

análise de mérito, ou seja, de fundamentos ou requisitos materiais do IRDR. Ora, primeiro se julga se estão presentes os fundamentos, e, posteriormente em outro momento processual prossegue-se na fixação da tese jurídica pondo fim à controvérsia sobre as questões de direito replicadas em vários processos. Mas, antes dessas duas etapas (instauração e julgamento) é preciso que se realize a análise dos pressupostos ou requisitos processuais do incidente.

Retornando ao ponto, temos que antes do julgamento dessas duas etapas do julgamento do mérito, que se dá tanto na “instauração”, quanto no “julgamento” do IRDR, há ainda um julgamento anterior, prévio, preliminar, que é a verificação (também um julgamento) do preenchimento dos requisitos processuais sem os quais não há “nem instauração e nem julgamento” do incidente.

Estes requisitos processuais (formais, instrumentais) que logicamente antecedem a análise do pedido e da causa de pedir do incidente sempre devem ser superados para que se possa avançar em direção ao julgamento de mérito do incidente. Os requisitos processuais devem estar presentes ou ausentes, para que seja processado e julgado o incidente.

Assim, por exemplo, há um requisito processual negativo que leva a “verdadeira” inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. Não haveria aí um *interesse processual* na instauração do IRDR, tal como descrito na hipótese do artigo 976, §4º. Igualmente, faltarão o *requisito processual* necessário à instauração e julgamento do IRDR quando este for endereçado a um órgão jurisdicional incompetente, como uma Câmara Isolada do Tribunal que não é o legítimo porta voz do Tribunal, lembrando que o órgão competente deve ser aquele órgão, de Tribunal, cuja decisão tenha eficácia horizontal e vertical sobre o judiciário a ele vinculado. Também faltarão o *requisito processual* quando o IRDR for suscitado por sujeito que não se insira dentre os legitimados do artigo 977, incisos I, II e III do CPC¹². Também não haverá interesse processual se o mesmo incidente envolvendo

¹² Imagine em outra hipótese um IRDR provocado por uma parte que não é interessada, ou seja, que não figura no rol do art. 977, I, II e III. Nesta hipótese, também o requisito da legitimidade deverá ser analisado antes, num juízo de admissibilidade, que, se positivo, permitirá que se avance sobre o juízo da instauração e posteriormente de julgamento do IRDR. Assim, por exemplo, imaginemos uma hipótese perfeitamente factível de ocorrer onde, na data da sessão em que será julgada a instauração

a mesma questão de direito controvertida já tiver sido instaurado num típico caso de litispêndências de IRDRs.

Isso nos revela que além da instauração e do julgamento do incidente há uma fase preliminar, não mencionada pelo legislador, que aprecia e julga o preenchimento dos requisitos processuais, sem os quais não se avança para a fase seguinte. É preciso deixar claro que quando o artigo 982, caput do CPC usa a expressão “admitido o incidente”, na verdade ele quer dizer que foi acolhida a instauração do IRDR, e, portanto, não se trata propriamente de admitir no sentido que conhecemos para processos subjetivos, mas de aceitar a presença dos fundamentos (causa de pedir) que leva ao futuro julgamento do seu pedido (fixação da tese jurídica sobre a questão de direito controvertida), típicos de um processo objetivo.

A separação das duas fases (de mérito) do incidente de tutela do direito objetivo se dá – ou deveria se dar – em prol da mais ampla informação e divulgação para que interessados na sua participação possam realmente contribuir com o contraditório com variedade de fundamentos e argumentos servíveis para se interpretar a questão de direito controvertida, o que, por via reflexa, contribuirá para que o resultado deste processo objetivo de produção de uma norma abstrata conforte com legitimidade democrática os interessados que aguardam, com os seus processos suspensos, a tese fixada no tribunal.

Assim, o “tradicional” juízo de admissibilidade como estudamos para os processos subjetivos, se for transportado para o IRDR, deveria recair sobre as questões processuais que, uma vez decididas, ou permitem ou impedem o exame do mérito (instauração e julgamento), tais como a legitimidade, a competência, a ausência de “coisa julgada” e “litispêndência de IRDR” sobre a mesma questão de direito, etc.

do IRDR uma parte interessada apresente uma objeção de ordem pública informando que naquele tribunal já existe um IRDR instaurado sobre aquela mesma questão de direito controvertida. Ora, qual deve ser a solução do órgão colegiado se for verdadeira aquela alegação? Parece-nos que deverá, primeiro, se debruçar sobre a matéria preliminar que será julgada pelo órgão colegiado e que, se acolhida, não permitirá que se avance nem sobre a instauração nem sobre o julgamento da questão controvertida. Outrossim, imaginemos a hipótese de existirem dois IRDRs em curso no mesmo tribunal envolvendo cada um deles uma questão de direito controvertida e replicada em milhares de causas, sendo que uma das questões é prejudicial da outra questão. Necessariamente deve-se proceder a análise de prejudicialidade para evitar uma contradição lógica se uma for julgada antes da outra.

Isto posto, é de se observar que embora “ocultada” no procedimento do artigo 976 e ss., a primeira etapa do procedimento abstrato de formação de “precedentes vinculantes” é o juízo de admissibilidade da verificação de requisitos processuais que precisam ser superados para que se avance à segunda etapa. São matérias processuais como ausência de coisa julgada, ausência de litispendência, competência, legitimidade, conexão, etc. e que só depois de serem vencidas é que se alcança a fase seguinte.¹³

A segunda etapa de julgamento do procedimento abstrato de formação de “precedentes vinculantes” – denominada de instauração do IRDR – é na verdade a primeira parte do juízo de mérito do incidente só que servível apenas para verificar se os fundamentos, ou “pressupostos de cabimento”, ou causa de pedir do incidente estão presentes, ou seja, a verificação em concreto da existência de (I) - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e (II) - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Uma vez confirmada a presença dos fundamentos passa-se à terceira etapa do IRDR que foi denominada de “julgamento” e que corresponde a interpretação da questão de direito. Enfim, a terceira etapa do julgamento do procedimento abstrato de formação de “precedentes vinculantes” é, na verdade o segundo momento do seu juízo de mérito e só ocorre depois de confirmada a presença dos requisitos materiais de cabimento do IRDR. Neste segundo estágio do juízo de mérito do IRDR o órgão competente do tribunal interpreta a questão (unicamente) de direito controvertida e fixa o tal “precedente vinculante” que servirá como premissa maior (texto normativo judicial abstrato) para todas as lides que tenham ou venham a ter a mesma questão de direito.

¹³ Em sua belíssima obra, Sofia Temer (2017, p. 103) trabalha com três fases do processamento do IRDR, mais propriamente, estágios do procedimento do incidente, onde, em síntese, separa a primeira fase (instauração e admissão) da segunda fase (julgamento) pela fase intermediária da afetação e instrução do IRDR. Aqui, apenas o número (3) coincidente, pois, diversamente, falamos em 3 etapas de julgamento, portanto, trabalhamos sob outro enfoque qualitativo e sob outra perspectiva (o objeto de julgamento), a saber: a) primeira etapa que é a admissibilidade dos requisitos processuais, b) segunda etapa que é a admissibilidade dos requisitos materiais e a c) terceira etapa que é o julgamento da questão de direito. Em todas estas etapas é possível que se desenvolva atividade de instrução em relação a cada um dos respectivos objetos a serem julgados.

4.5 AS CONSEQUÊNCIAS DA ADMISSÃO E DA INADMISSÃO DO IRDR

O juízo de instauração do IRDR (segunda etapa de julgamento do IRDR) não deve acontecer sem que estejam preenchidos os seus requisitos processuais como mencionado retro naquilo que chamamos de primeira etapa de “julgamento” do IRDR.

Entretanto, segundo o artigo 976, §3º do CPC “a inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado”.

Esse texto poderia levar a conclusão de que os requisitos ali mencionados seriam os de natureza processual, e que, portanto, poderiam ser “corrigidos” em outra oportunidade. Não nos parece que seja assim tão simples.

A questão é um pouco mais complexa e para compreendê-la é necessário lembrar do que dissemos acima sobre a admissibilidade e mérito nos processos objetivos. Usemos um exemplo para demonstrar. Assim, *v.g.*, se um IRDR foi “inadmitido” porque se concluiu que a questão controvertida replicada em múltiplos processos era uma *questão de fato e não de direito*, certamente isso não terá como ser “corrigido” no futuro e a decisão de “inadmissão”, que na verdade é “parte integrante do mérito”, trancará a possibilidade de novamente suscitar o incidente pelo mesmo motivo.

Na mesma linha, se por ventura se demonstrou, à saciedade, que pelo número de processos efetivamente existentes não implicaria em risco à segurança jurídica, e por isso teria sido “inadmitido” o incidente, então não será possível provocar novamente o poder judiciário com as mesmas razões, somenos se houver demonstração de novos fundamentos que demonstrem uma distinção da situação anterior. Obviamente que se afastou o risco à segurança ou à isonomia pela deficiência probatória da efetiva repetição de processos, então o motivo aí não terá sido a inexistência do risco, mas a falta de sua demonstração caso que uma nova prova ou novas provas poderão suprir o referido defeito.

A expressão “satisfeito o requisito” contida no referido dispositivo diz menos do que deveria, porque se for um problema meramente processual, *v.g.* a falta de legitimidade do provocador, ou a ausência de causa no âmbito do tribunal no momento

de arguição do incidente, etc., certamente que tais requisitos poderão ser futuramente satisfeitos e (re) provocado o incidente. Contudo, se da situação narrada concluiu-se, como dito alhures, que não era caso de *questão de direito*, mas de simples questão de fato, então não há como isso ser corrigido e tal decisão será acobertada pela estabilidade típica de uma coisa julgada.

Outrossim, é preciso lembrar que o artigo 987 do CPC prescreve que este acórdão que fixa a tese jurídica (etapa final do julgamento do mérito do IRDR) pode ser desafiado por recurso extraordinário ou especial, conforme o caso, nos termos do artigo 987 do CPC. Contudo, tal regra deve ser interpretada *cum grano salis*, pois a decisão eventualmente negativa, ainda na fase anterior (da instauração do IRDR), que não reconheça a presença dos requisitos materiais do procedimento modelo, dependendo do caso, também poderá ser objeto de recurso especial ou extraordinário. Imaginemos, por exemplo, a hipótese de o órgão competente do tribunal não admitir a instauração do IRDR sob o fundamento de que a expressão “questão de direito” deveria se restringir a temas de direito material em afronta clara ao artigo 928, parágrafo único do CPC. Parece-nos que tal decisão, a princípio, pode ser desafiada por recurso especial por violação ao citado dispositivo, preenchidos os demais requisitos constitucionais do recurso.

Enfim, é bom que fique claro a você, leitor, que o texto do 976 e ss. do CPC poderia ter sido mais técnico, mais minudente e não rotulado juízo de admissibilidade e juízo de mérito sem os cuidados que deveria ter por se tratar de um processo objetivo. Ora ao colocar a etapa da verificação dos pressupostos do artigo 976 como sendo juízo de admissão do incidente, dando a entender que aí haveria um mero juízo de aspectos processuais e, colocando a fixação da tese jurídica como se só aí houvesse um juízo de mérito não nos parece que tenha sido adequado. Tudo isso porque o texto do artigo 976 e ss. não cuida de fazer a distinção entre processos objetivos e processos subjetivos, e, bem sabemos que a terminologia do juízo de admissibilidade e juízo de mérito, construída para os processos subjetivos, e sobre a qual assenta basicamente todo o texto do Livro III da Parte Especial (dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais) é inservível para ser projetada, sem as devidas ressalvas, para os processos objetivos (no qual se insere o procedimento modelo do IRDR).

4.6 PARA O ÓRGÃO COMPETENTE AINDA RESTARÁ JULGAR O CASO ORIGINÁRIO DO INCIDENTE

É bom que se diga que, a rigor, ao brotar (admitir) um incidente de resolução de demanda repetitiva numa causa (recurso, remessa, ação, etc.) há implicações de duas ordens em relação a ela: I) em primeiro lugar, desloca-se a competência do seu julgamento, passando ela a ser julgada *in totum* pelo órgão que irá julgar o IRDR; II) em segundo lugar, ela, a causa, é imediatamente suspensa e só será julgada depois de ter sido resolvida a questão definida no IRDR. É claro que tal regra jurídica (art. 978, parágrafo único) foi totalmente desnecessária, já que bastaria manter a causa no juízo natural originário, deixando-a sobrestada até que o órgão de cúpula definisse a questão de direito, caso em que poderia ser retomado o julgamento (no órgão de competência originária). Assim, haveria a cisão da competência e da cognição apenas da fatia específica relativa a questão de direito. Aliás, esta era a sistemática da Uniformização da Jurisprudência com a qual já estávamos familiarizados.

Retomando o nosso raciocínio, procurando ser coerente com o objeto do julgamento em cada etapa de julgamento, pode-se dizer que no processo objetivo do IRDR para fixação de “precedentes vinculantes”, tal como dito em tópico anterior, existem três momentos distintos: uma, processual, de admissibilidade e duas subsequentes de mérito onde se verificará os requisitos materiais (instauração) para depois fixar a tese jurídica (julgamento).

Já no processo subjetivo, na causa de onde brota o incidente (e que não é objeto de análise deste ensaio), haverá também um juízo de admissibilidade e um juízo de mérito do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária. E, registre-se, o órgão competente só não julgará este “processo subjetivo” se, por ventura, for extinta a causa de onde emanou o incidente, o que, expressamente diz o Código (fato que de forma alguma impede que o processo objetivo prossiga, dada a sua natureza abstrata e ordem pública).

Uma vez nascido (instaurado) o incidente a partir de uma causa subjetiva ele (o incidente) passa a ter vida própria e um próprio procedimento autônomo, concentrado, objetivo e independente. Mas se vivo estiver o processo subjetivo, então o mesmo órgão que julgar a tese jurídica deverá, *depois* de fixa-la, julgar também o

recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Este procedimento voltado ao julgamento de um caso concreto (recurso, remessa necessária ou processo de competência originária) é sempre *posterior ao julgamento final do IRDR e ensejará tanto um juízo de admissibilidade quanto um juízo de mérito*¹⁴, respeitando, é claro, a tese (vinculante) já firmada no procedimento abstrato, caso em que seguirá o procedimento que lhe for peculiar e que esteja previsto no CPC.

Em razão dessa curiosa opção do legislador¹⁵ inúmeros problemas de ordem prática podem surgir para o “felizardo” (ou felizardos) que teve sua causa “premiada” com afetação causada pelo IRDR. Imaginemos, por exemplo, o problema da pauta das sessões de julgamento deste órgão de cúpula do tribunal que normalmente se reúne uma vez por semana ou quinzena e a demora na prestação jurisdicional. Imaginemos ainda o problema da sustentação oral.... será novamente cabível se já foi feita no órgão anterior? Nenhuma resposta dá o procedimento do CPC, que resumiu a dizer 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”. Certamente que o procedimento a ser seguido pelo órgão de cúpula para julgar a causa de onde brotou o incidente deve ser aquele já previsto pelo CPC (para o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente).

5 A CISÃO DO JULGAMENTO DO MÉRITO NO IRDR

Não é novidade no nosso ordenamento jurídico a possibilidade de o *juízo de mérito* ser cindido pelo legislador e distribuído em mais de uma etapa ou fases distintas, mesmo em processos subjetivos. Na ação rescisória, por exemplo, é possível que exista um duplo juízo de mérito. Assim, primeiro se verifica se é o caso

¹⁴ Pitorescamente, ainda que o sobrestamento das causas não afetadas termine (art. 980, parágrafo único) antes de ser julgado o IRDR, as causas afetadas só serão julgadas após o julgamento final do IRDR pelo órgão competente.

¹⁵ Certamente que poderia a causa ter permanecido sobrestada no órgão jurisdicional do tribunal aonde ela estava sendo processada.

de rescindir a coisa julgada pelos fundamentos previstos nos incisos do artigo 966 para depois, em momento subsequente, passar-se, se for o caso, ao rejuízo da causa como expressamente menciona o art. 974 do CPC.

Igualmente, no artigo 948 e ss. (incidente de declaração de inconstitucionalidade) também se enxerga a possibilidade de cisão da competência para que órgãos distintos do mesmo tribunal contribuam no julgamento da causa. Ora, no controle difuso de inconstitucionalidade, a questão da constitucionalidade é apreciada pelo órgão plenário por imposição até da CF/88 (art. 97) que depois de fazê-lo devolve a causa para o órgão fracionário de origem do próprio tribunal para que ele possa incorporar a decisão do plenário o julgamento da causa (recurso, incidente, remessa, etc.). Sendo a questão da inconstitucionalidade uma questão prejudicial ao mérito do recurso ou da causa, é certo que dois órgãos distintos proferirão decisões em momentos distintos e que integrarão o conteúdo de mérito do acórdão num típico exemplo de decisão subjetivamente complexa.

Nesta mesma linha no CPC anterior tínhamos o clássico exemplo do incidente de uniformização de jurisprudência no artigo 476 e ss. que permitia a qualquer membro julgador do tribunal ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito, hipótese clara de cisão da competência permitindo que dois órgãos jurisdicionais distintos pudessem participar do julgamento da admissibilidade ou do mérito da causa (recurso, remessa, incidente, etc.). Enfim, nos termos do artigo 479 do CPC revogado, o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, era então objeto de súmula e constituía precedente na uniformização da jurisprudência. É claro que o IRDR do NCPC não é o mesmo instituto incidente de uniformização de jurisprudência, mas com ele guarda traços fisionômicos bem marcantes.

Retomando o procedimento do IRDR, é preciso não perder de vista que com a sua instauração há dois conflitos a serem julgados pelo mesmo órgão competente: I) um “conflito mãe” e; II) um “conflito filho”. O conflito mãe é de onde germina o conflito filho, mas, curiosamente, o “conflito filho”, uma vez vivo, passa a ser mais importante que o conflito-mãe.

É que, enquanto o “conflito mãe”, regra geral, refere-se apenas a um litígio de “Caio x Tício”, o conflito filho nasce apenas para definir, em abstrato, as questões de direito controvertidas que surgem não apenas no conflito mãe, mas em inúmeros outros conflitos onde ela se repete, daí a sua repercussão coletiva.

Logo, o procedimento para decidir o “conflito filho” destina-se a formação de um “precedente vinculante” *in abstracto*, que servirá de premissa maior (norma abstrata) para todos os casos em que aquela mesma questão de direito surgir.

Por ter uma eficácia *erga omnes* de duvidosa constitucionalidade, mas por ter sido germinado a partir de um conflito intersubjetivo, é preciso, no mínimo, que no procedimento do “conflito filho” sejam preservados e garantidos todos os direitos fundamentais processuais, em especial para proteger o direito daqueles que sujeitos que não estão no “conflito mãe” mas se submetem ao resultado do “conflito filho”, ou seja, aqueles jurisdicionados que não tiveram a sorte de ter o seu processo escolhido ou afetado para que dele fosse fecundado e germinado o procedimento abstrato de formação de precedentes.

Para estes “azarados” que ficaram com o processo suspenso aguardando a definição da tese jurídica sobre a questão de direito controvertida é preciso fornecer meios de exercício do contraditório, canais de participação e ampla defesa, informação e transparência no procedimento do IRDR, sob pena de serem meros expectadores de um resultado que lhes afetará e terão que a ele se *sujeitar* pelo efeito vinculante da norma abstrata formada no “conflito filho”.

Em decorrência desse engenhoso procedimento do IRDR é preciso perceber, uma vez instaurado o incidente, passam a existir dois procedimentos absolutamente distintos para resolver dois tipos distintos de “conflitos”, mas que serão julgados pelo mesmo órgão jurisdicional: um abstrato e um concreto, sendo aquele prévio a este, embora dele tenha se originado.

Por uma interpretação lógica do parágrafo único do art. 978, percebe-se que a origem do procedimento abstrato para fixação da tese jurídica sobre uma questão unicamente de direito controvertida replicada em muitos processos, nasce de um recurso, de uma remessa necessária ou de um processo de competência originária do próprio tribunal competente, pois este conflito concreto de onde emanou a questão deverá ser julgado pelo mesmo órgão fixador da tese.

Dessa forma fica claro que o procedimento abstrato do IRDR nasce do pinçamento de um (ou de alguns) “caso concreto” em curso no Tribunal uma (ou algumas questões) de direito controvertida; questão essa que está replicada em vários os processos e cuja solução nos mais diversos juízos pode gerar uma instabilidade, uma insegurança e quebra da isonomia usando os slogans do CPC. Ao se pinçar essa questão de direito o que se pretende fazer é saber qual a exegese que ela deve ter, como deve ser interpretada, e, por isso que a competência para fazê-lo é do órgão do tribunal que tenha uma hierarquia vertical e horizontal sobre todo o judiciário a ele submetido.

Uma vez definida qual deve ser a interpretação desta questão, então como se fosse um “recorta e cola”, todos aqueles casos que contém aquela mesma questão de direito controvertida e que possivelmente já estão paralisados em espera do julgamento, inclusive a *causa mãe*, e serão agraciados com a definição da questão de direito.

Parece-nos claro que existem dois procedimentos completamente distintos: um que tem por finalidade produzir uma norma abstrata, denominada de “precedente vinculante” e outro que tem por finalidade julgar o caso concreto (um recurso, de uma remessa necessária ou de um processo de competência originária), aliás, que serviu de cobaia para dele se extrair a questão de direito controvertida que será julgada em abstrato.

Definidas as duas perspectivas é preciso que o órgão jurisdicional competente para julgar o IRDR e a causa de onde ele emanou perceba que o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito do caso concreto não se confunde com o juízo de admissibilidade e juízo de mérito do caso abstrato. Embora este germine daquele, são diferentes os requisitos processuais, materiais e objeto de julgamento de um e de outro. A causa de pedir e o pedido, os pressupostos processuais e procedimento do incidente abstrato é totalmente diverso da causa em concreto, e, como tal não podem ser baralhados. Um é processo subjetivo, outro é objetivo.

O que se observa no artigo 976 e ss. do CPC é que este cuida, basicamente, do procedimento abstrato do incidente de resolução de demandas repetitivas, ou seja, do *procedimento modelo* destinado a formar o precedente vinculante. Mas há, infelizmente, escondido no parágrafo único do artigo 978 do CPC a determinação de

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”.

Porquanto o julgamento da causa pelo mesmo órgão não ocorra no âmbito do procedimento de *formação da tese vinculante*, ele se sujeita à *aplicação* do precedente formado, como aliás, todos aqueles múltiplos processos que aguardam, suspensos, a resolução da mesma questão unicamente de direito. Contudo, para a causa mãe, de onde brotou o incidente, há uma peculiaridade a mais. É que, segundo o CPC, o artigo 978 dá a entender que *toda a causa* (recurso, ação, remessa necessária, etc.) *será julgada pelo órgão competente*, que não se limitaria a aplicar neste caso concreto (causa mãe) a tese vinculante da questão de direito. Assim, por exemplo, se suscitado o incidente num recurso, não apenas a tese jurídica seria aplicada após o julgamento do IRDR, mas todo o recurso julgado pelo referido órgão do tribunal.¹⁶

Assim, também por isso, pelo fato do órgão jurisdicional ter esta dupla função é necessário que se distinga os requisitos processuais e materiais do *processo objetivo e subjetivo* que são objetos do IRDR e da causa mãe, respectivamente, identificando o juízo de admissibilidade e de mérito de cada um, não apenas para não baralhar os procedimentos, mas também para reconhecer a eficácia e as consequências da decisão que versa sobre a admissão e da que versa sobre o mérito. O conhecimento da técnica processual é deveras importante, pois como dizia o nosso maior mestre:

[...]ainda quem não possua grande talento pode exercitar de maneira satisfatória o seu ofício, desde que se disponha a uma preparação técnica séria. Não basta força de vontade para adquirir talento, mas pode bastar para adquirir o melhor sucedâneo – e, quem sabe, aprendê-lo a usar de forma tal que venha a concorrer para tornar, como urge, mais efetivo o processo” (MOREIRA, 1982, p. 212-213).

¹⁶ Observe com atenção que enquanto a tese firmada no IRDR tem eficácia vinculante obrigatória para todas as causas presentes ou futuras onde esta mesma questão de direito se repete, o julgamento do próprio recurso, da própria ação ou da remessa necessária (art. 978, parágrafo único do CPC) pelo órgão que é porta-voz do Judiciário (normalmente denominado nos regimentos internos de órgão plenário ou órgão especial do tribunal) acaba servindo de precedente orientador dos demais órgãos em relação a todas as matérias, de fato e de direito, que constem na causa de onde brotou o incidente.

REFERÊNCIAS

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2010. Vol. 5.

_____. **Juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis**. Imprensa: Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

_____. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Imprensa: Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

_____. A competência como questão preliminar e como questão de mérito. In _____. **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. O que significa "não conhecer" o recurso. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 10, p. 191-207, jan-jun 1996.

_____. Questões de técnica de julgamento nos tribunais. In _____. **Temas de direito processual**: nona série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

_____. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In _____. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Notas sobre o problema da "efetividade" do processo. In _____. **Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques**. São Paulo: Saraiva, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 1993.

CLÈVE, Clemersom Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

FURTADO, Adroaldo Furtado. **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada e efeito preclusivo. In _____. **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969. p. 9-32.

LACERDA, Galeno. Processo e cultura. **Revista de direito processual civil**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 74–86, jan./junh 1960.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a coisa julgada** (Tradução original: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires Tradução posterior à 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente: Ada Pellegrini Grinover). 3ª edição Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MENDES, Aluísio de Castro; TEMER, Sofia. **Do incidente de relação de demandas repetitivas**: art. 976 a 987. In STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Vol. 4. p. 1.311-1.333.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

OLIVEIRA, Bruno Silveira. **O juízo de identificação de demandas e de recursos no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Apresentação e crítica de alguns aspectos que tornam a suspensão de segurança um remédio judicial execrável. In FURTADO, Adroaldo Fabrício (Org.). **Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 465-6.

STRECK, Lenio Luiz e ABOUD, Georges. **O que é isto – o sistema (sic) de precedentes**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 23 out. 2017.

TELLES, José Homem Corrêa. **Comentário crítico à Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769**. Lisboa: Typografia de Maria da Madre de Deus, 1865. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/108523/pdf/108523.pdf>. Acesso em: 23 out. 2017.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 2ª Ed. Salvador: Podivm, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STJ). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.350. Processo objetivo** – Terceiro interessado. Relator Ministro Celso de Mello. Despacho. Brasília, 27 jun. 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46831/46212>>. Acesso em 23 out. 2017.