A instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou de Incidente de Assunção de Competência (IAC) com pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei federal usurparia a competência do Supremo Tribunal Federal?

Arthur Mendes Lobo

Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor Adjunto da Universidade Federal do Paraná. Sócio do escritório Wambier, Yamasaki, Bevervanço & Lobo Advogados. *E-mail:* arthur.lobowambier.com.br.

Resumo: Neste breve estudo, analisa-se se é possível a instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou de Incidente de Assunção de Competência (IAC) com pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei federal.

Palavras-chave: IRDR. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Incidente de Assunção de Competência. IAC. Usurpação. Competência. Supremo Tribunal Federal. Recuperação judicial. Reclamação constitucional. Controle de constitucionalidade.

Sumário: **1** Introdução – **2** Formas de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro – **3** Controle concentrado de constitucionalidade (controle abstrato) – **4** Controle difuso de constitucionalidade (controle concreto) – **5** O descabimento de IRDR e IAC com pedido de declaração de inconstitucionalidade: sucedâneo de ação direta de controle concentrado (usurpação da competência do STF) – **6** Conclusão – Referências

---

1 Introdução

O presente trabalho tem o objetivo de fazer uma reflexão sobre a seguinte questão: é possível a instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou de Incidente de Assunção de Competência (IAC) visando à declaração de inconstitucionalidade de lei federal?

Em outras palavras, esses incidentes, com o objeto específico de declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de norma, ao serem julgados com eficácia *erga omnes* – surtindo efeitos em todo o território nacional e em todos os

processos que tratem da tese jurídica consolidada no precedente –, implicariam em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal?

No presente trabalho, serão examinados os fundamentos que parecem apontar que, se o IRDR e o IAC forem instaurados perante tribunais de segunda instância (tribunais de justiça, tribunais regionais federais, tribunais regionais do trabalho) com o objetivo exclusivo de discutir em tese alguma ofensa de lei à Constituição Federal, haverá verdadeiro sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos que são reservados a poucos colegitimados (previstos no art. 103 da Constituição Federal) e têm competência originária na Suprema Corte brasileira.

Além disso, se tais mecanismos jurídico-processuais forem considerados inadequados ou nulos por ferirem a competência da Suprema Corte, pretende-se analisar se o próprio relator do IRDR ou IAC, monocraticamente, poderia extinguir o incidente ou se seria necessário o julgamento do órgão colegiado sobre essa questão preliminar.

Finalmente, pretende-se aferir qual o instrumento jurídico hábil de preservar a competência da Suprema Corte quando houver requerimento de IRDR e IAC sobre inconstitucionalidade.

Essas e outras questões serão objeto de análise deste estudo, sem, obviamente, que se tenha a pretensão de esgotar o tema.

2 Formas de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro

A força normativa da Constituição depende sobremaneira da jurisdição constitucional. Equivale dizer que não se pode falar em uma Constituição formal, rígida, com normas hierarquicamente superiores, sem a garantia de um sistema de controle de constitucionalidade.

Dirley da Cunha Júnior¹ assevera que:

No Brasil, a despeito da prevalência do controle jurisdicional, tem-se admitido um certo tipo de controle político, exercido nas mesmas hipóteses do controle preventivo, ou seja, por meio dos pareceres, nos projetos de lei, das Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas, e por meio do veto jurídico-constitucional, em face de inconstitucionalidade, dos chefes dos Poderes Executivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Análise detida das Leis 9.868/99 e 9.882/99*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 97-98.

Ademais, pode ocorrer, outrossim, o controle político da constitucionalidade pelo Congresso Nacional, mas aqui já de forma sucessiva ou repressiva, no caso de sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (CF/88, art.49, V), e no caso de rejeição de medidas provisórias (CF/88, art.62, §5º). Não obstante, no Brasil o controle é jurisdicional. Por meio dele se provoca a jurisdição constitucional.

No direito brasileiro, adotamos um *sistema misto* de controle judicial de constitucionalidade, pois nele coexistem o *controle difuso* (direito americano) e o *controle concentrado* (direito austro-húngaro).

Pelo controle difuso, qualquer juiz singular ou tribunal, integrantes do Poder Judiciário, estão autorizados a declarar a nulidade de leis e atos normativos que contrariem a Constituição Federal, no julgamento de um caso concreto, hipótese em que, via de regra, a decisão terá efeito apenas *inter partes*.

Já no controle concentrado, a competência originária é do Supremo Tribunal Federal, o qual proferirá a primeira e a última palavras no tocante à interpretação da Constituição, expurgando do ordenamento jurídico as normas que contrariem ou ignorem os preceitos constitucionais. O julgamento do Supremo será qualificado pelos efeitos *erga omnes* e *vinculante*, de acatamento obrigatório pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública nas esferas federal, estadual e municipal.

O presente trabalho pretende analisar se seria possível o cabimento de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Incidente de Assunção de Competência como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade. Haveria usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal se quaisquer desses incidentes declararem a inconstitucionalidade de uma lei federal?

A declaração de inconstitucionalidade de lei federal – declaração esta que não seria *incidenter tantum* – haveria de ser postulada em sede de controle concentrado de constitucionalidade por se tratar de tutela típica de ação de competência do Supremo Tribunal Federal?

3 Controle concentrado de constitucionalidade (controle abstrato)

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, classifica-se como *rígida*.² Tal rigidez é apontada pelos constitucionalistas não só pela

² Clemerson Merlin Clève afirma que “a rigidez constitucional decorre da distinção entre Poder Constituinte (ainda que derivado) e os Poderes Constituídos. Onde não há lugar para essa diferença, igualmente não há lugar para a rigidez constitucional”. (CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 31).

existência de *cláusulas pétreas* e de um Poder Constituinte Derivado Reformador,³ mas, principalmente, pela afirmação, explícita e implícita, do princípio da supremacia da constituição, divulgado por Hans Kelsen e Konrad Hesse.

Segundo Hans Kelsen:⁴

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental-pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos, é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Na lição de Konrad Hesse:⁵

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. [...] Mas, – esse aspecto é decisivo – a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a

³ Nessa seara, importa notar a lição de Eduardo Appio sobre a rigidez da Constituição Federal brasileira de 1988: “No modelo de rigidez constitucional formal todas as normas constantes da Constituição possuem idêntica hierarquia, na medida em que sua alteração demanda o exercício de um poder de reforma caracterizado por ampliar o *quórum* mínimo para aprovação de uma emenda constitucional, além de exigir um procedimento específico de votação nas duas Casas do Congresso Nacional. A amplitude da rigidez constitucional é inversamente proporcional ao poder de reforma da Constituição atribuído ao constituinte derivado. Num sistema no qual as normas constitucionais estão vazadas em termos vagos – que geralmente caracterizam as Constituições sintéticas, tais como a norte-americana – prepondera a atividade judicial de atualização da Constituição, na medida em que os juízes irão construir a Constituição através da interpretação de casos concretos que são submetidos à Suprema Corte. Nos países que adotaram um modelo analítico de Constituição – como no caso brasileiro – através da enunciação precisa dos poderes atribuídos aos agentes do Estado, bem como dos instrumentos de intervenção na atividade econômica, o processo de mudança do texto da Constituição é obra do legislador ordinário, chamado de constituinte derivado. As Constituições analíticas limitam a atividade judicial, enquanto que as sintéticas a ampliam. Da mesma forma, não se pode assegurar que uma Constituição dirigente assegure a efetiva normatização da vida política do Estado, pois, quando existe um ‘deslocamento de forças’ políticas, o processo de reforma será a regra, e a rigidez constitucional será aparente. Portanto, o grau de rigidez das Constituições contemporâneas está associado com sua natureza dirigente, a qual geralmente é representada através de Constituições de modelo analítico. As Constituições que permitem à Administração Pública uma severa intervenção na economia privada, através de políticas econômicas, constituem-se em vítimas preferenciais do poder de reforma.” (in: APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 89-90).

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p. 246.

⁵ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 14-16.

essas condições como elemento autônomo. [...] Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. [...] A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.

Para assegurar a supremacia constitucional, necessário se faz um controle sobre as leis e os atos normativos, o chamado *controle de constitucionalidade*. Acerca do binômio rigidez constitucional e controle de constitucionalidade, Eduardo Appio leciona que:

O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos está diretamente vinculado à própria natureza “*rígida*” da Constituição de 1988 em relação à qual o constituinte ambicionou estabilidade de suas normas, através da imposição de dificuldades ao exercício do poder de reforma.⁶

Em se tratando de uma Constituição democrática, dogmática e eclética, o debate no Supremo Tribunal Federal deve ser sempre garantido e estimulado, seja via controle *concentrado* ou *difuso*, preservando-se assim a higidez do sistema, para que a Constituição não sofra agressões.

Na lição de José Joaquim Gomes Canotilho:⁷

O Estado Constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de garantias e de sanções: garantias de observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais, sanções contra atos dos órgãos de soberania e de outros não conformes com a constituição. A idéia de proteção, defesa, tutela ou garantia da ordem constitucional tem como antecedente a idéia de defesa do Estado, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fática do Estado. Desta forma, o objeto de defesa não é pura e simplesmente a defesa do Estado e sim da forma de Estado tal como ela é constitucionalmente formada.

Sendo assim, infere-se outra importante característica dessa concepção jurídica de Constituição: a de que as decisões do Supremo Tribunal Federal devem ser respeitadas pelos cidadãos, pelos demais órgãos do Judiciário e pela Administração Pública, eis que provenientes do guardião maior da Constituição, isto é, do órgão que detém o poder de interpretá-la em última análise.

---

⁶ APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 89.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 969.

Ainda na lição de Konrad Hesse:⁸

Para o Direito Constitucional, interpretação tem importância decisiva, porque, em vista da abertura e amplitude da Constituição, problemas de interpretação nascem mais freqüentemente do que em âmbitos jurídicos cujas normalizações entram mais no detalhe. Essa importância é aumentada em uma ordem constitucional com *jurisdição constitucional* extensamente ampliada como aquela da Lei Fundamental. Se o Tribunal Constitucional interpreta aqui a Constituição com efeito vinculativo não só para os cidadãos, mas também para os órgãos do Estado restantes, então a idéia, fundamentadora e legitimadora dessa vinculação, da vinculação de todo poder estatal à Constituição, somente então pode converter-se em realidade quando as decisões do tribunal expressam o conteúdo da Constituição – embora na interpretação do tribunal. [...] *Tarefa da interpretação* é encontrar o resultado constitucionalmente “exato” em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão.

Verifica-se, ademais, que as decisões de efeito vinculante exigem mais que mero respeito, exigem também uma obediência irrestrita ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, afastando do controle difuso outras interpretações quanto à matéria por ele decidida.

O controle repressivo judicial de constitucionalidade no direito brasileiro biparte-se em controle concentrado e controle difuso, cada qual com regras, procedimentos e efeitos bem definidos.

Conforme tivemos a oportunidade de salientar em estudo anterior,⁹ no Brasil, o controle de constitucionalidade das leis ocorre de duas formas: *controle difuso* (via incidental), surgido nos EUA com o famoso caso *Marbury vs. Madison*, que pode ser realizado por qualquer juiz em qualquer grau de jurisdição, partindo da discussão de um direito material; ou *controle concentrado* (via principal), surgido na Áustria com Kelsen, que é feito diretamente na lei, independentemente de um caso concreto, e deve ser realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal em se tratando de leis ou normas administrativas de efeito abstrato que violem a Constituição Federal.

O controle de constitucionalidade concentrado pode ser realizado por vários meios, sendo eles: a *ação direta de inconstitucionalidade* (ADIn), que pretende

⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 54.

⁹ LOBO, Arthur Mendes; GALVÃO, Heveraldo. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Coisa Julgada. *Revista de Processo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 145, ano 32, p. 106-107, mar. 2007.

retirar lei ou ato normativo do ordenamento, provando ser este inconstitucional; a *ação declaratória de constitucionalidade* (ADC), que visa confirmar a constitucionalidade de lei ou ato, mantendo-o no ordenamento; *ADIn por omissão*, que visa questionar a inexecução de determinado dever constitucional; *ADIn interventiva*, ação eventual na qual se decreta a redução da autonomia de determinado ente federativo para preservar o Pacto Federativo, os princípios constitucionais e o Estado Democrático-Constitucional; e, finalmente, a *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (ADPF), que visa declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato que fira não uma norma constitucional diretamente, mas um preceito fundamental da Constituição.

O controle concentrado é assim chamado porque seu exercício é reservado a apenas um órgão jurisdicional: ao Supremo Tribunal Federal, na esfera federal, e aos tribunais de justiça, na esfera estadual.

Uma característica primordial desse controle é a análise em tese e abstrata da inconstitucionalidade. Não se busca, como nas ações de controle concentrado, dirimir um caso concreto entre autor e réu, mas, sim, garantir a supremacia da Constituição, expurgando do ordenamento normas contrárias ao texto constitucional. Por esse motivo, fala-se em processo objetivo, em que não há partes, mas tão somente legitimados.

Dois dos efeitos da decisão de mérito das principais ações do controle concentrado – ADIn e ADC – são o efeito *erga omnes* e o vinculante, os quais, embora semelhantes, não se confundem.

O efeito *erga omnes* abrange a parte dispositiva da decisão, submetendo-a àqueles que não participaram do processo. Assim, uma vez declarada inconstitucional, a lei deixa de existir no mundo jurídico para todos, inclusive para o Poder Legislativo e para o próprio STF.

Por outro lado, o efeito vinculante compreende duas dimensões: a objetiva e a subjetiva.

No que tange à dimensão objetiva, em diversas decisões, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o efeito vinculante, além da parte dispositiva, abrangeria também os fundamentos da decisão, num fenômeno que foi denominado “transcendência dos motivos determinantes”, como se pode verificar no julgamento da Reclamação nº 2.986 MC/SE, cujo relator foi o ministro Celso de Mello.¹⁰

¹⁰ Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl nº 1.987/DF, rel. min. Maurício Correa, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da “transcendência dos motivos que embasaram a decisão” proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante se refere, também, à própria *ratio decidendi*, projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, *in abstracto*, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só

No que se refere à dimensão subjetiva, o efeito vinculante alcança os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração direta e indireta, conforme art. 102, §2º, da CF, deixando de fora o Poder Legislativo e o pleno do STF.¹¹

Segundo Calmon de Passos:¹²

Se o Tribunal Superior, em decisão plenária (não necessariamente unânime), fixou o entendimento de que as ações meramente declaratórias são imprescritíveis, apenas suscetíveis de prescrição as pretensões condenatórias que delas derivem, esse entendimento vincula todos os julgadores, em todos os níveis, e já não pode ser contrariado, exigindo-se modificação legislativa para afastá-lo, ou revogação do entendimento por subseqüente, e fundamentada decisão plenária do tribunal que fixou o entendimento.

Para Rodrigo Jansen,¹³ o Judiciário e o Executivo estão diretamente vinculados aos comandos da súmula prevista no art. 103-A da Constituição Federal. Já o Legislativo estaria vinculado indiretamente, pois, uma vez aplicado o ato legislativo contrário à súmula – pela edição de ato administrativo ou pela prolação de decisão judicial –, estará aberta a via da reclamação.

Parece que o melhor entendimento é no sentido de que a vinculação do Poder Legislativo se dá apenas em relação ao exercício de funções administrativas – contratações por licitação e nomeação em cargos comissionados, por exemplo –, fiscalizatórias e jurisdicionais (tribunais de contas), mas nunca legiferantes, sob pena de afronta à separação de poderes, cláusula pétrea do sistema constitucional brasileiro. Assim é que se defende a aplicação da Súmula Vinculante nº 13, por exemplo, que trata da vedação ao nepotismo, ao Poder Legislativo.

Ainda, pode-se dizer que os atos particulares estão indiretamente vinculados às súmulas, vez que todos os conflitos privados levados ao Judiciário haverão de ser julgados em conformidade com elas.

Portanto, por força dos efeitos vinculante e *erga omnes*,¹⁴ qualquer pessoa lesada por uma decisão contrária ao entendimento firmado no controle

---

concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade, como resulta claro do magistério de Ives Gandra da Silva Martins (*In: Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 338-345) e de Alexandre de Moraes (*In: Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 2.405-2.406).

¹¹ As Turmas do STF estão vinculadas à decisão do controle concentrado de constitucionalidade feito pelo pleno, por força dos arts. 176 e 177 do RISTF.

¹² PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula Vinculante. *Gênesis. Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n.6, p. 633, set./dez. 1997.

¹³ JANSEN, Rodrigo. A Súmula Vinculante como norma jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 380, p. 194-209, jul./ago. 2005.

¹⁴ Vale a pena, nesse momento, ainda que brevemente, distinguir o efeito vinculante do *erga omnes*. O primeiro se refere a um limite objetivo segundo o qual a matéria decidida, da forma como foi decidida,

concentrado terá legitimidade para ajuizar reclamação, conforme entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal.¹⁵

Por derradeiro, deve-se salientar que os efeitos temporais da decisão de mérito no controle concentrado são, via de regra, *ex tunc*, havendo excepcionalmente a possibilidade da modulação desses efeitos com base no art. 27 da Lei nº 9.868/99 (ADIn/ADC) e no art. 11 da Lei nº 9.882/99 (ADPF).

4 Controle difuso de constitucionalidade (controle concreto)

O controle difuso de constitucionalidade recebe esse nome porque pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal brasileiro.¹⁶

Com origem no direito norte-americano em 1803, esse tipo de controle é também denominado concreto, visto que as partes discutem um caso concreto, um direito subjetivo, e a alegação de inconstitucionalidade não passa de uma questão incidental no processo.¹⁷

O autor e o réu, no controle difuso, não buscam eliminar do ordenamento jurídico a lei supostamente inconstitucional, ou seja, as partes não buscam com o processo assegurar a supremacia da Constituição, mas simplesmente dirimir a lide que as aflige.

Por isso, até bem pouco tempo, doutrina e jurisprudência eram unânimes ao afirmar que os efeitos da decisão de mérito do STF em controle difuso seriam *ex nunc*, *inter partes* e não vinculante.

---

constitui premissa necessária para qualquer outra decisão de cunho administrativo ou jurisdicional que a envolva. O segundo, também conhecido como eficácia “contra todos”, reflete uma faceta subjetiva, indicando que todos, sem exceção, inclusive os particulares, estarão atingidos pelos efeitos de determinada decisão.

¹⁵ STF – Pleno – Rcl. nº 706-SC – DJ 19.11.1997, rel. min. Maurício Corrêa.

¹⁶ Acerca do controle difuso de constitucionalidade, Eduardo Appio assinala que: “O sistema difuso da constitucionalidade das leis é um imperativo do sistema republicano, no qual se busca o tratamento isonômico dos cidadãos. Muito embora a Constituição Federal de 1988, ao ampliar e democratizar o rol de legitimados ativos para a propositura das ações diretas no controle concentrado, tenha incrementado o sistema misto com ênfase no controle concentrado, somente o controle difuso permite um amplo debate constitucional” (*In*: APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 82).

¹⁷ No Brasil, o controle de constitucionalidade foi introduzido após a Proclamação da República, tendo sido expressamente previsto na Constituição de 1891, muito embora já constasse do texto da Constituição Provisória de 1890, bem como do art. 9º, parágrafo único, *a e b*, do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. O modelo inicialmente recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro se restringia ao controle incidental e difuso. O controle concentrado somente foi positivado com a EC nº 16, de 26 de novembro de 1965, na vigência do regime militar, mediante ação de inconstitucionalidade (art. 101, I, *k*), através da qual o Supremo Tribunal Federal, por iniciativa do procurador-geral da República, poderia declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal. Antes disso, porém, o Texto Constitucional de 1934 já previa a *representação interventiva*, hipótese específica de controle concentrado realizado pelo Supremo Tribunal Federal, através de requerimento do Procurador-Geral da República, para declaração de constitucionalidade de lei que decretasse a intervenção federal em caso de descumprimento de princípios constitucionais sensíveis. Sobre o tema, cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 85-86.

A decisão, portanto, só geraria efeitos dali em diante, e o seu dispositivo somente atingiria as partes envolvidas no litígio, não gerando qualquer efeito para além delas, salvo o da criação de um precedente jurisprudencial.

No entanto, quando se fala nos efeitos da decisão de mérito do STF em controle difuso, é de suma importância a exata compreensão daquilo que eventualmente pode ocorrer caso haja a incidência do art. 97 da CF, conhecido como *cláusula de reserva de plenário*.

Isso porque, embora no *controle difuso* qualquer juiz ou tribunal possa apreciar *incidenter tantum* a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, a cláusula de reserva de plenário impede que nos tribunais a declaração da inconstitucionalidade seja exarada por órgãos fracionários, salvo nos casos do art. 949, I, II e parágrafo único, do CPC/2015.

Assim, por força da citada cláusula, ao se deparar com um processo em que a lei posta como questão incidental possua, em tese, a pecha de inconstitucionalidade, o órgão fracionário do STF deverá sobrestar o feito e remetê-lo, de ofício, ao pleno. Se, ao final, a lei for declarada inconstitucional por este órgão, dessa decisão advirão três consequências.

A primeira é a criação de um precedente para que, a partir de então, por força do art. 949 do CPC/2015, os órgãos fracionários daquele e de todos os outros tribunais passem a poder reconhecer a inconstitucionalidade daquela lei em casos análogos sem a obrigatoriedade de nova remessa dos autos ao pleno ou órgão especial.

A segunda é a devolução do feito ao órgão fracionário para que este possa, com base na decisão do pleno, decidir a causa naquele caso concreto. Nessa hipótese, a decisão do órgão fracionário terá eficácia somente *ex nunc, inter partes* e não vinculante, como visto anteriormente.

A terceira consequência é a comunicação ao Senado de que aquela lei foi declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso, nos termos do art. 52, X, da CF. Devidamente cientificada, aquela casa política poderá ou não, por ato discricionário,¹⁸ suspender a execução da lei. Suspensa a lei pelo Senado, essa decisão então teria eficácia *erga omnes*.¹⁹

¹⁸ Embora divergente a doutrina, prevalece que a suspensão da execução pelo Senado de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF em controle difuso é discricionária, posição essa que se apoia na não suspensão pelo Senado da Lei do FINSOCIAL, tendo aquela casa, na oportunidade, alegado razões políticas para justificar a não suspensão.

¹⁹ Exemplo interessante da tentativa de mitigação dessa regra é o do julgamento da Reclamação nº 4.335, pelo Plenário do STF, realizado em março de 2014, em que a Defensoria Pública da União havia questionado decisão proferida pelo juízo da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, por meio da qual teria o magistrado negado o direito de progressão de regime a dez condenados por crimes hediondos. A possibilidade de progressão de regime em tais casos havia sido reconhecida pelo STF em 2006, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959, quando declarou inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos. A negativa da concessão da progressão de regime foi fundamentada na circunstância de

Como se pode perceber, mesmo os autos sendo remetidos ao pleno do Supremo Tribunal Federal para proferir um juízo de inconstitucionalidade em tese da lei ou ato normativo, essa decisão só terá efeito *erga omnes* se, depois de comunicado, o Senado decidir suspender sua execução.

Destarte, mesmo com a aplicação da cláusula de reserva de plenário do art. 97 da CF, a decisão do STF em controle difuso possui apenas o efeito *inter partes* e não vinculante, pois, até que a lei seja suspensa pelo Senado, poderá continuar sendo aplicada por todos, menos pelas partes envolvidas no litígio.

5 O descabimento de IRDR e IAC com pedido de declaração de inconstitucionalidade: sucedâneo de ação direta de controle concentrado (usurpação da competência do STF)

O legislador do CPC/2015, atento aos inúmeros problemas que decorrem do alto índice de litigiosidade no país, dentre os quais a morosidade e a prolação de decisões completamente distintas para idênticas questões jurídicas, criou o que a doutrina intitulou *microssistema de formação de precedentes obrigatórios*,²⁰ no qual estão inseridos tanto o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas quanto o Incidente de Assunção de Competência.

Em linhas gerais, trata-se o primeiro de incidente destinado a situações em que haja efetiva repetição de processos em trâmite discutindo a mesma questão de direito somada à presença de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, tornando possível a gestão da litigiosidade de massa já no âmbito do segundo grau de jurisdição.

O Incidente de Assunção de Competência, por sua vez, destina-se a julgamento de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária em que, embora não se verifique a existência de múltiplos processos, esteja em debate relevante questão de direito, com grande repercussão social. O objetivo da previsão desse incidente foi também o de conferir maior uniformização à jurisprudência, isonomia e segurança jurídica em relação aos jurisdicionados. Em termos históricos, diferentemente do IRDR, que é instituto novo no sistema processual pátrio, já havia técnica de julgamento correlata ao IAC na vigência do

---

que a decisão do STF, no julgamento em que declarou inconstitucional tal dispositivo, não se revestia do efeito *erga omnes*, uma vez que a regra do inciso X do art. 52 da CF não teria sido cumprida. Todavia, o STF, por maioria de votos, julgou procedente a Reclamação por entender que referida regra constitucional apenas tem efeito de publicidade, pois as decisões desse Tribunal acerca da inconstitucionalidade de leis possuem eficácia normativa, ainda que tomadas em controle difuso.

²⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária do tribunal. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 761-762.

código anterior, prevista no §1º do art. 555. A aplicação dessa técnica, entretanto, somente era possível quando sob julgamento recurso de apelação ou agravo.

As breves considerações relativamente a esses dois incidentes, que integram o microsistema de formação de precedentes vinculantes, foram necessárias porque o embrião do presente artigo se originou por ocasião da análise de IRDR instaurado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, em que se pretendia, na verdade, o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 49, §§3º e 4º, da Lei nº 11.101/2005. O Órgão Especial do TJMS se pronunciará sobre a constitucionalidade daqueles dispositivos legais, que estabelecem que não se submeterão aos efeitos da recuperação judicial os créditos pertencentes a “credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio” e “prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva”.

A declaração de inconstitucionalidade constitui, na verdade, no principal pedido veiculado no IRDR. Não há outro objetivo a não ser a declaração de inconstitucionalidade parcial da Lei Federal nº 11.101/05.

Ocorre que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, com eficácia *erga omnes* (resultado final do julgamento do IRDR), não pode preterir da apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, porque tem por objeto gerar efeitos além do processo em discussão. Não se trata de simples declaração incidental de inconstitucionalidade.

Se a decisão no IRDR e IAC tem efeitos *erga omnes*, não podem tais incidentes assumir o controle de constitucionalidade abstrato da lei como uma via disfarçada, pois haverá usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Embora também se admita o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade nos tribunais de justiça dos estados, nos termos do que dispõe o art. 125, §2º, da CF, essas apenas podem versar sobre a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual, jamais da Constituição Federal.²¹

Em que pese ainda não haver notícia de precedentes a respeito do tema, ao que tudo indica por se tratar de novidade trazida pelo novo Código de Processo Civil – ainda recente, pois passou a vigor em 2016 –, é importante fazer uma

²¹ Há, inclusive, decisão do STF a esse respeito, tomada na ADI nº 508, em que declarou inconstitucionais disposições da Constituição do Estado de Minas Gerais que atribuíam competência ao TJMG para julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipais em face da Constituição Federal.

analogia com a interpretação que o Supremo Tribunal Federal confere às ações civis públicas.

Em diversas oportunidades, como na Reclamação (RCL) nº 1.503 interposta contra decisão proferida em ação civil pública (ACP) que buscava a declaração de inconstitucionalidade de uma lei federal. A decisão questionada foi tomada por Juiz Federal da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Para os ministros, a declaração de inconstitucionalidade da norma era, na verdade, embora “disfarçada”, o pedido principal da ACP.

Aquela ação civil pública buscava declarar inconstitucional a Lei nº 9.688/98, que trata do aproveitamento de censores federais como delegados. À RCL nº 1.503, o voto do ministro Dias Toffoli foi expresso e inequívoco ao estabelecer que a declaração de inconstitucionalidade postulada nos autos da ação civil pública não seria pleito incidental, e, sim, na verdade, o pedido principal da demanda. De acordo com o ministro, a ACP não tinha outro objetivo que não fosse a declaração de inconstitucionalidade da lei.

O ministro Dias Toffoli entendeu que o ajuizamento da ACP perante o juízo federal, com tal finalidade, caracterizaria usurpação da competência da Corte e, com esse argumento, o ministro votou pela procedência da Reclamação, sendo acompanhado por todos os ministros presentes à sessão de julgamento.²²

Acolhe-se, pois, como adequado o entendimento segundo o qual, em hipóteses de uso de IRDR e IAC com propósito similar ao da ação civil pública com objetivo específico de declaração de inconstitucionalidade de lei federal ou estadual, se evidencia a inadequação da via eleita por clara usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. O principal fim perseguido, embora até possa vir “disfarçado” de mero pedido incidental, é, na verdade, a própria declaração de inconstitucionalidade da norma.

6 Conclusão

Portanto, parece que há inadequação da via eleita (IRDR e IAC) para o fim de reconhecimento de inconstitucionalidade de lei como substitutiva da ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de constitucionalidade ou arguição de preceito fundamental, cabível, embora de forma “disfarçada” de pedido meramente

²² No mesmo sentido: STF – Rcl nº 3.237 – DJ 18.04.2005 – rel. min. Joaquim Barbosa; STF – AI nº 189.601 AgR – DJ 03.10.1997 – rel. min. Moreira Alves. Albergando tal entendimento, verifica-se também a existência de jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça, em que é destacada a inadmissibilidade, em sede de ação civil pública, de pedido aparentemente incidental de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, porquanto, nesse caso, embora esteja a ação designada como civil pública, seria, na realidade, verdadeira ação direta de inconstitucionalidade (STJ – EDcl no REsp nº 106.993/MS – DJ 18.05.1998 – rel. min. Ari Pargendler). Ver também: STJ – Resp 177.540/SC – DJ 06.09.1999 – rel. min. Humberto Gomes de Barros, rel. p/ acórdão min. José Delgado.

incidental de declaração de inconstitucionalidade, já que a proclamação do resultado teria eficácia *erga omnes*.

Sendo assim, antes de analisar o mérito do presente incidente, incumbirá ao Órgão Especial, preliminarmente, decidir questão de ordem pública quanto ao descabimento do IRDR ou IAC, uma vez que, diante da previsão do art. 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade de lei federal. A eficácia *erga omnes* da decisão proferida neste tipo de controle de constitucionalidade impõe que tal pronunciamento seja feito, exclusivamente, pelo Supremo Tribunal Federal.

Isso se justifica, sobretudo, diante do risco de decisões conflitantes entre tribunais estaduais – já que a lei teria validade em um estado, e em outro não –, com idêntica preocupação em relação aos tribunais federais e TRTs, pois, ocorrendo, repercutiria em ofensa ao princípio da isonomia e ao Pacto Federativo, na medida em que esvaziaria a competência legislativa, exclusiva da União Federal, que deve conferir tratamento isonômico à matéria em todo o território nacional.

Parece claro, assim, que a declaração de inconstitucionalidade em IRDR e IAC pode gerar grave insegurança jurídica, importando, como efeito adverso, a validade da lei em alguns estados-membros, e não em outros.

No caso de ações coletivas, com eficácia *erga omnes*, se antes pretensões disfarçadas de decretação de inconstitucionalidade de texto legal eram analisadas como mero controle difuso, conclui-se que, agora, com muito mais razão, ainda que se trate de mera questão prejudicial (incidente), não poderá vir a ser analisada no âmbito daquelas ações. A feitura de coisa julgada em relação a terceiros traduzir-se-á em usurpação de competência do Supremo. Inteligência, no mínimo, do art. 503, §1º, do CPC; c/c art. 102, inciso I, alínea a, da CF.

A ação civil pública não tem cabimento para o controle difuso de inconstitucionalidade a partir do CPC/2015. Antes novo código, vários acórdãos do Supremo Tribunal Federal admitiam esse controle, porque se cuidava de matéria prejudicial, que não fazia coisa julgada.

Porém, atualmente, por força do art. 503, §1º, do CPC/2015, como a questão prejudicial também faz coisa julgada, a declaração incidental de inconstitucionalidade (controle difuso) no âmbito da ação civil pública acaba por se traduzir em controle abstrato, a cargo exclusivo do Supremo Tribunal Federal – art. 102, I, a, da Constituição Federal.

Explique-se. Uma vez que, quanto à ACP, a sentença faz coisa julgada em relação a terceiros (art. 16 da Lei nº 7.347), aquele controle incidental de inconstitucionalidade traduz-se em controle direto, de ordem abstrata, a atingir quaisquer outras relações jurídicas. Ou seja, nesse caso, em se havendo esse

reconhecimento incidental, o juízo de primeiro grau, ao acolher a ACP, estará exercendo verdadeira competência jurisdicional atribuída ao STF.

Na hipótese remota de declaração de inconstitucionalidade em sede de IRDR e IAC ou em ação civil pública – como ocorreu nos exemplos citados ao longo deste ensaio –, ainda que se trate de mera questão prejudicial (incidente), caberá Reclamação ao STF. O Supremo Tribunal Federal, somente ele, pode se pronunciar sobre a inconstitucionalidade em tese com eficácia *erga omnes*, porque, através da técnica de modulação de efeitos, quanto ao respeito a situações jurídicas pretéritas e já consolidadas, pode definir, por exemplo, se a declaração de inconstitucionalidade seria dotada apenas de efeitos *ex nunc*. A modulação temporal de efeitos vinculantes realizada pelo Supremo Tribunal Federal protege a segurança jurídica, o que não ocorreria, por exemplo, em sede de IRDR e IAC julgados pelos tribunais estaduais, tribunais federais e tribunais regionais do trabalho, entre outros.

Recebido em: 06.12.2018.

Aprovado em: 24.09.2019.

Would a request involving the unconstitutionality of a federal encroach the competence of the Supreme Federal Court if made by an establishment of an Incident of Resolution of Repetitive Demands (IRDR) or an Incident of Competence Undertaking (IAC)?

Abstract: In this brief study it is realized an investigation over the possibility of establishing an Incident of Resolution of Repetitive Demands or an Incident of Competence Undertaking as a legal path for declaring the unconstitutionality of a federal law.

Keywords: IRDR. Incident of Resolution of Repetitive Demands. Incident of Competence Undertaking. IAC. Encroach. Competence. Supreme Federal Court. Judicial Recovery. Constitutional Complaint. Constitutional Review.

Referências

APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade: análise detida das Leis 9.868/99 e 9.882/99*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária do tribunal*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

JANSEN, Rodrigo. A Súmula Vinculante como norma jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 380, p. 194-209, jul./ago. 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

LOBO, Arthur Mendes; GALVÃO, Heveraldo. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Coisa Julgada. *Revista de Processo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 145, ano 32, p. 106-107, mar. 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula Vinculante. Gênese. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 6, p. 633, set./dez. 1997.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LOBO, Arthur Mendes. A instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou de Incidente de Assunção de Competência (IAC) com pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei federal usurparia a competência do Supremo Tribunal Federal?. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 27, n. 108, p. 19-34, out./dez. 2019.