

Onde começam e terminam as competências do Supremo e do STJ

Coisa julgada é tema de direito constitucional? Ou tema de direito federal infraconstitucional? Ou se tempo constitucional e federal infraconstitucional?



No [artigo anterior](#) de [Processo Novo](#), fiz comentário breve à decisão

proferida pelo Supremo Tribunal Federal a respeito dos temas 881 e 885. Em apertada síntese, no julgamento concluído há poucas semanas, o STF decidiu que as decisões por ele proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das sentenças transitadas em julgado quanto a relações jurídicas tributárias de trato sucessivo. Como pano de fundo, a discussão quanto a se saber se a decisão antes proferida pelo STF em 2007 ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade 15 impediria, desde então, o prosseguimento de produção de efeitos de decisões transitadas em julgado em favor de contribuintes [\[1\]](#).

Venho defendendo, em outras publicações e em palestras, que referido entendimento deveria projetar seus efeitos a partir do julgamento agora realizado pelo Supremo. Uma das razões que me conduzem a esse modo de pensar é o fato de o Superior Tribunal de Justiça ter se manifestado em sentido diverso ao decidir o tema repetitivo 340 (REsp 1.118.893, julgado em 23/3/2011). Nesse julgado, o STJ, referindo-se textualmente àquela decisão proferida pelo STF em 2007, firmou o entendimento de que *"o fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade"*.

Uma das críticas que venho recebendo assenta-se no seguinte fundamento: coisa julgada é tema de direito constitucional; logo, o STJ não teria autoridade para se pronunciar a respeito.

A Constituição de 1988 criou dois tribunais de cúpula dedicados à definição da inteligência do direito *federal*: o STF, com competência para se pronunciar a respeito de direito *constitucional*, e o STJ, sobre



direito *infraconstitucional*. Com essa solução, buscava o constituinte solucionar problema crônico que ficou conhecido como "a crise do Supremo", que se arrastava há décadas, decorrente da quantidade muito grande de processos que chegavam a esse tribunal [2].

Essa divisão de tarefas, à época, parecia dar-se com base em balizas bastante claras, pois assuntos de direito constitucional não se relacionariam com temas de direito *infraconstitucional*, salvo em situações pontuais. Pensava-se, então, que o conflito que se desse entre tais regras se resolveria em termos de pronúncia de *validade* ou *nulidade* de regra *infraconstitucional* que contrariasse a Constituição (tanto em julgamentos de ações diretas quando de recursos extraordinários, nos casos das alíneas *b* e *c* do inciso III do artigo 102 da Constituição). A jurisprudência existente à época do labor do constituinte era refratária a técnicas de controle de constitucionalidade que a doutrina já vinha chamando de "interpretativas", a exemplo da interpretação conforme à Constituição. Em julgado expressivo para indicar o entendimento que, à época, era prevalecente, o Supremo afirmou que, embora admissível, aquela técnica teria aplicação limitada entre nós, já que o Supremo atuaria, apenas e tão somente, como "legislador negativo" (Representação 1.417, relator ministro Moreira Alves, julgada em 9/12/1987).

A Constituição de 1988, no entanto, serviu de influxo ao florescimento de movimentos doutrinários — e, depois, jurisprudenciais — que, para além de reconhecer a efetiva força normativa da Constituição, também defendiam que ela haveria de ser sempre considerada na interpretação e aplicação de disposições *infraconstitucionais*. Exemplo dessa tendência é a doutrina da "constitucionalização do direito privado" (ou "constitucionalização do direito civil"), a significar que as regras de direito constitucional e de direito privado (ou de direito civil) não viviam em compartimentos estanques, e que valores constitucionais haveriam de ser, sempre, tomados em consideração na interpretação e aplicação de disposições *infraconstitucionais*. Uma regra específica prevista em lei dedicada a disciplinar relações privadas (como o Código Civil, ou qualquer lei ordinária), assim, poderia ser afastadas pelo Judiciário caso considerada contrária à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República brasileira, a que se refere o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Ao mesmo tempo, a jurisprudência do Supremo foi evoluindo, reconhecendo e aplicando não só técnicas "interpretativas" (como a interpretação conforme, acima referida, e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto), mas também técnicas consideradas "atípicas" de julgamento, tais como as decisões *manipulativas* (substitutivas ou aditivas). Bom exemplo desse salto pode ser observado com a leitura do voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 (relator ministro Ayres Britto, julgada em 5/5/2011). Essa evolução fez-se acompanhar pela acomodação legislativa, como sucedeu com a Lei do Mandado de Injunção. Com efeito, a Lei 13.300/2016 admite a concessão de injunção para "*estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado*" (artigo 8º, *caput*, II), podendo a decisão ter eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* (artigo 9º, §1º). O próprio Congresso, assim, age de modo a reconhecer ao STF legitimidade para realizar deliberações que o legislador *não pode* ou *não quis* fazer [3].

É evidente, portanto, a *expansão* observada pelo Supremo, em sua atuação. Diante do cenário apontado acima, *todas as questões de direito acabam sendo consideradas potencialmente constitucionais*. Afinal, pouco ou nada que interessa à vida das pessoas escapa do alcance de alguma regra da Constituição. Não



bastasse, o próprio legislador aceita (ou ao menos tolera) uma atuação expansiva do Supremo, ao menos em relação a temas mais sensíveis que poderiam atrair a cólera do povo.

Tudo isso acaba por "enfraquecer" a força normativa de regras infraconstitucionais, e, a reboque, a força dos precedentes daquele tribunal criado pela Constituição de 1988 com a atribuição de definir a inteligência dessas regras federais infraconstitucionais: o Superior Tribunal de Justiça.

Está-se diante de um evidente estado indesejado de coisas. Afinal, as regras infraconstitucionais têm razão de ser e devem ser observadas, se não porque desempenham relevante função na estruturação dos mais variados institutos jurídicos, ao menos pelo fato de que a própria Constituição erige como direito fundamental a observância à lei como referencial para a criação de deveres positivos e negativos (artigo 5º, *caput*, inciso II: "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*"). Ora, se devemos observância à Constituição e às leis, é natural que voltemos os olhos ao modo como o intérprete "oficial" dessas leis — o STJ — ditam seu sentido e alcance.

Esse estado de coisas acabou criando um problema para o Supremo. Se, como se disse, quaisquer assuntos jurídicos podem ser considerados potencialmente abrangidos pelas normas constitucionais, é natural que os conflitos interpretativos daí decorrentes sejam levados ao STF. Mas isso é indesejável, sob pena de se inviabilizar a atuação do próprio Supremo.

Várias estratégias vêm sendo criadas com o propósito de limitar a quantidade de causas que chegam ao Supremo. A mais conhecida é a exigência de que as questões constitucionais veiculadas em recursos extraordinários ostentem repercussão geral (cf. artigo 102, §3º, da Constituição, adicionado pela Emenda Constitucional 45.2004). Outra, a de atribuir à questão constitucional reflexa (ou indireta) o mesmo destino da questão constitucional que não apresente repercussão geral.

Quando o Supremo decide que determinado tema de direito federal não diz respeito diretamente (mas apenas reflexa ou indiretamente) à inteligência da Constituição, espera-se que daí decorra a consolidação (ou o fortalecimento) da competência do STJ para tratar de dilemas relacionados a esses assuntos.

Um exemplo: o STF, ao deliberar a respeito do Tema 660, assim decidiu: "*Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral*" (ARE 748.371 RG, relator ministro Gilmar Mendes, julgado em 6/6/2013).

Essa solução poderia ser considerada satisfatória. Afinal, se observada em plenitude, apenas excepcionalmente se admitiria recurso extraordinário quando o tema constitucional fosse versado em regras infraconstitucionais. "*Sua admissibilidade dependeria, fundamentalmente, da demonstração de que, na interpretação e aplicação do direito, o Juiz desconsiderou por completo ou essencialmente a influência dos direitos fundamentais, que a decisão se revela grosseira e manifestamente arbitrária na interpretação e aplicação do direito ordinário ou, ainda, que se ultrapassaram os limites da construção jurisprudencial*", como consta do voto condutor da decisão sobre o Tema 660.

No entanto, com frequência o problema retorna ao exame do Supremo, a quem incumbe, em última análise, deliberar sobre os lindes existentes entre questão constitucional direta e questão constitucional



indireta (ou reflexa), que também é infraconstitucional.

Foi o que sucedeu no caso a que nos referimos no início do presente texto. O STJ havia deliberado a respeito da força da coisa julgada formada em ações movidas individualmente por contribuintes contra o Fisco. Bem ou mal, deu uma solução ao problema, que também tem contornos previstos em lei federal infraconstitucional. Acrescente-se que, ao deliberar sobre o tema 660, o Supremo decidira que violação aos "*limites da coisa julgada*" configuraria *ofensa meramente reflexa à Constituição*. Recorde-se, como se não bastasse, que o STJ firmou a orientação antes referida ao deliberar sobre tema repetitivo, algo que, consoante informa o próprio regimento interno desse tribunal, não deve ser considerado um pronunciamento qualquer, mas um precedente *qualificado*.

Não me parece acertado afirmar-se que esse precedente qualificado do Superior Tribunal de Justiça mereceria ser, desde sempre, desrespeitado, sob o argumento de que tocaria ao Supremo decidir a respeito. Ora, o próprio Supremo não deixa tais limites muito claros. No mínimo, há que se dizer que, *enquanto não houver deliberação final do Supremo sobre questão constitucional reflexa, há que se observar o precedente qualificado firmado pelo Superior Tribunal de Justiça*.

Esse assunto merece desenvolvimento mais aprofundado. Mas as considerações acima, feitas em resposta às críticas ao entendimento de que o precedente do STJ deveria ser desrespeitado, servem, a meu ver, para justificar que aquela orientação recentemente firmada pelo STF deve ser modulada. Para além disso, deve ser objeto de atenção o problema relacionado aos limites bastante confusos entre as competências constitucionais dos referidos tribunais. Esse problema é grave, pois pode haver assuntos que o Supremo, em dado momento, sequer considere diretamente constitucional (o que ensejaria a atuação do STJ, inclusive com a edição de precedente vinculante), mas depois declare constitucional e reconheça a sua repercussão geral, enunciando tese que faça cair por terra precedente do STJ. A insegurança jurídica decorrente desse estado de coisas é manifesta. A análise destas e de outras nuances ficarão para outras edições desta coluna, pois esta já vai longe, e não se cansar ainda mais o leitor que, com muita boa vontade, conseguiu chegar até aqui.

[1] Íntegra disponível aqui: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-15/processo-novo-supremo-modular-efeitos-decisao-coisa-julgada>

[2] Escrevemos com vagar sobre a história desses dois tribunais em *Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal* (7ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2017).

[3] Fizemos análise demorada dessas questões na obra *Constituição Federal Comentada* (7ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2022).

Meta Fields