

A IMPRESCINDÍVEL ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FORMAÇÃO DO PADRÃO DECISÓRIO VINCULANTE NO JULGAMENTO DOS RECURSOS REPETITIVOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM ÂMBITO CRIMINAL, SOB A ÓTICA DO CONTRADITÓRIO DINÂMICO

THE ESSENTIAL ROLE OF THE PUBLIC PROSECUTOR IN THE FORMATION OF THE BINDING DECISION-MAKING STANDARD IN THE JUDGMENT OF REPETITIVE APPEALS BY THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE IN THE CRIMINAL SPHERE FROM THE PERSPECTIVE OF THE DYNAMIC ADVERSARY

NATHÁLIA MANSUR DOS REIS

Coordenadora da Assessoria Jurídica

Resumo: O presente artigo visa demonstrar, pela adoção do método jurídico-prospectivo, a imprescindibilidade da atuação do Ministério Público na fase de discussão e formação do precedente vinculante pelo Superior Tribunal de Justiça, considerando o precedente como uma realidade na sistemática processual brasileira, de crescente adesão e aplicabilidade e, considerando, ainda, o órgão ministerial como instituição fundamental do Estado Democrático de Direito, bem como a sua atuação diante das peculiaridades do julgamento por amostragem na matéria penal e a necessidade do exercício do contraditório dinâmico com o objetivo de garantir a legitimidade dos padrões decisórios oriundos do julgamento submetido ao rito especial.

Palavras-chave: precedente; Superior Tribunal de Justiça; Ministério Público; recursos repetitivos.

Abstract: The present article aims to demonstrate the indispensability of the Public Prosecutor's role in the discussion and formation phase of the binding precedent by the Superior Court of Justice, considering the precedent as a reality in the Brazilian procedural system, of increasing adhesion and applicability and, considering, also, the ministerial agency as a fundamental institution of the Democratic Rule of Law, as well as its performance in face of the peculiarities of the trial by sampling in criminal matters and the need to exercise dynamic adversary in order to guarantee the legitimacy of the decision standards arising from the trial submitted to the special procedure.

Keywords: precedent; Superior Court of Justice; Public Prosecutor; repetitive actions.

Sumário: 1. Introdução. 2. Afinal, o que é o precedente? 3. O julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivo como instituto do sistema de precedentes brasileiro. 4. O surgimento do contraditório dinâmico como consequência do Estado Democrático do Direito. 4.1. Histórico do contraditório. 4.2. O contraditório dinâmico. 5. A imprescindibilidade de atuação do Ministério Público no Superior Tribunal de Justiça no curso da formação dos precedentes criminais pelo rito do recurso repetitivo. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

Discute-se mais sobre a aplicação dos precedentes judiciais no âmbito dos processos penais do que sobre a sua formação, a exemplo do que ocorre

no julgamento de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça. Uma vez consolidados no ordenamento jurídico, a partir de julgados prolatados sob procedimentos específicos, resta ao aplicador do direito, nas hipóteses em que abstratamente incidentes, afastar a sua eficácia vinculante pela demonstração do *distinguishing* ou pela proposta de *overruling*.

Ocorre que, uma vez definido o seu campo de incidência, a consequente aplicação da tese firmada oferece restrito campo interpretativo e discursivo, impondo-se como verdadeiras premissas postas.

A preocupação em afirmar a atuação da parte na elaboração do precedente vinculante no âmbito de recurso repetitivos cinge-se ao reforço da observância do princípio participativo, por meio do qual as partes atuam, de forma ativa e paritária, com o objetivo de influenciar o julgador na tomada de decisão, mormente na formação de tese que vinculará o julgamento de casos futuros semelhantes.

Por essa razão, é preciso que o Ministério Público de atuação criminal utilize, de forma eficaz, os mecanismos de participação para a formulação desses enunciados, a fim de que expressem, com a maior fidedignidade possível, o entendimento do tribunal sobre a tese jurídica discutida no processo, em sua maior amplitude possível. Além disso, as funções constitucionais atribuídas ao Ministério Público, alçado ao *status de instituição fundamental do Estado Democrático de Direito*,¹ sendo titular exclusivo da ação penal, impõem ao órgão o poder-ônus de prezar pela legitimidade do sistema de precedentes criminais (neste estudo, restrito ao julgamento dos recursos criminais pelo rito dos recursos repetitivos).

Dessa forma, defende-se, pelo presente artigo, a pertinência do assento definitivo do Ministério Público Estadual na Comissão Gestora de Precedentes do STJ, para fins de seleção prévia dos recursos a serem afetados em matéria criminal e de formulação de propostas dos padrões decisórios vinculantes a serem submetidos ao julgamento pela Corte Superior.

2. Afinal, o que é o precedente?

Precedente, instituto processual originário do *common law*, é resultado da consolidação das teses de julgamentos de processos judiciais para aplicação em casos futuros. Trata-se, pois, em sua origem, do ponto de partida para a discussão do caso concreto, cujo acerto do direito em juízo terá como diretriz os julgados anteriores sobre o mesmo tema.

1 Nesse sentido, cf. ALMEIDA; SOARES JÚNIOR, 2013, p. 116.

É instituto processual próprio e distinto, que diverge de outras classes de decisões prolatadas pela segunda instância ou pela instância extraordinária, a saber:

a) *precedente* (em sentido amplo): qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de outro a ser proferido, transcende o caso concreto (1º julgamento), com caráter de concretude (enunciado / julgado);

b) *jurisprudência*: conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido sobre a mesma matéria;

c) *súmula*: é a consolidação objetiva da jurisprudência, sendo elaborada de acordo com o Regimento Interno dos Tribunais, e deve atender às circunstâncias fáticas do caso concreto (art. 926, § 2º, do CPC - *similaridade fática dos precedentes*). Sua eficácia é vinculante, sendo a violação de seu enunciado objeto de reclamação, desde que obedecidos os requisitos legais.

Adotado formalmente pelo ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Código de Processo Civil, o precedente passou a integrar o sistema processual pátrio com características próprias e distintas do instituto originário.

O direito brasileiro, tradicionalmente, adota o sistema *civil law*, de positivação das leis para a regulação de casos futuros, sendo a adoção do precedente a alternativa adotada para a celeridade e segurança jurídica da resolução das demandas em juízo, criado tanto por ações e procedimentos específicos (precedentes vinculantes) quanto pela consolidação da jurisprudência (precedentes não vinculantes).

O Brasil, no entanto, não importou diretamente o modelo precedentalista do *common law*, mas criou um método próprio. Isto porque, pelas disposições do novo ordenamento processual (CPC-2015), a legislação é que define em qual espécie de processo se criará um precedente com força vinculante em sentido forte, de obrigatoria observância pelos tribunais.

Citando Lenio Streck, esclarece Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 1272-1273):

O precedente não tem força vinculante nos países que têm a *common law* como sistema, de tal forma que também não deveriam ter essa força os precedentes de *civil Law*. Na realidade, a aplicação dos precedentes deveria ter caráter eminentemente argumentativo (...). Ademais, sustenta o autor que é justamente porque os precedentes, no Brasil, têm a sua força atrelada à autoridade (e não à qualidade de seu conteúdo) que se torna necessária a atribuição de efeito vinculante

pela via legislativa – o que, conforme mencionado acima, não ocorre nos países nos quais os precedentes fazem parte da cultura jurídica.

Segundo Elpídio Donizete (2015):

[...] a igualdade, a coerência, a isonomia, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais, constituem as principais justificativas para a adoção do *stare decisis* ou em bom português, o sistema da força obrigatória dos precedentes.

Assim, pontua o autor:

[...] o que se pretende, então, com a adoção de um sistema de precedentes, é oferecer soluções idênticas para casos idênticos e decisões semelhantes para demandas que possuam o mesmo fundamento jurídico, evitando, assim, a utilização excessiva de recursos e o aumento da quantidade de demandas.

O precedente, especificamente, transcende o teor da jurisprudência ao exigir, para a sua caracterização, a existência concomitante de elementos que resultam numa tese ou princípio jurídico objetivo. São eles: a) *circunstâncias fáticas relacionadas a controvérsia*: definição de semelhança entre os casos; b) *argumentação jurídica em torno da questão*: argumentação acerca do uso de precedentes. Raciocínio da analogia para indicar as similaridades e da contra-analogia para apontar as distinções; c) *tese ou princípio jurídico utilizado na exposição da motivação da decisão*: é o próprio precedente em sentido estrito.

Assim, ao decidir uma demanda cujo acórdão passa a valer como precedente vinculante, o Magistrado, em ações e procedimentos específicos, criará duas normas: a) uma primeira norma, de cunho *geral* (esfera interpretativa dos fatos frente ao direito positivo vigente) e b) uma segunda, de caráter *específico* (relacionada somente ao específico caso julgado).

É a primeira norma, à qual, excepcionalmente, a lei conferirá caráter vinculante, e de observância de obrigatória ao deslinde de demandas semelhantes. E é sobre ela que, no presente estudo, pretendemos demonstrar a necessidade da atuação ministerial mais próxima.

Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 991), por seu turno, reforça mais uma peculiaridade do sistema precedentalista brasileiro ao destacar que o precedente, enquanto julgamento de um único caso concreto, não detém força vinculante de per si, dependendo, para tanto, das conclusões de incidentes específicos (IRDR ou IAC – aplicável, da mesma forma, ao procedimento especial do julgamento por amostragem, pela técnica dos recursos repetitivos):

[...] é preciso lembrar que a noção de precedente é uma noção material – tem a ver com a autoridade das decisões das Cortes Supremas – e qualitativa – tem a ver com o fato de as razões constantes da justificação serem necessárias e suficientes para a solução de determinada questão de direito. Daí que, em primeiro lugar, é preciso distinguir por uma vez mais o produto do trabalho das Cortes de Justiça – que depende ainda de uma forma específica para ser vinculante, qual seja, a do incidente de resolução de demandas repetitivas ou do incidente de assunção de competência – do produto do trabalho das Cortes Supremas – que independe de semelhante forma, na medida em que não só recursos extraordinários e recursos especiais decididos na forma dos recursos repetitivos ou do incidente de assunção podem gerar precedentes. Em segundo lugar, é preciso ter presente que falar na observância de enunciados e acórdãos diz muito pouco. Como é evidente, o que deve ser observado é são as *rationes decidendi* que podem ser extraídas interpretativamente da justificação desses acórdãos. O art. 927, CPC, serve, porém, para deixar claro que é necessário compreender a administração da Justiça Civil dentro de uma perspectiva demarcada por competências claras a respeito de quem dá a última palavra do significado do direito no nosso país, de qual é a eficácia que se espera desses julgados e qual o tipo de comportamento que se espera para que o processo civil possa promover de maneira adequada, efetiva e tempestiva a tutela dos direitos. O art. 927, CPC, consagra a necessidade de *stare decisis* vertical no sistema jurídico brasileiro.

Com efeito, no atual estágio de aplicação do NCPC, já não restam mais dúvidas sobre a aplicação de seus institutos ao processo penal. Conforme pontua Fernando Gajardoni (2015):

A necessidade de estabilidade da jurisprudência e da vinculação dos juízos aos precedentes (arts. 926 e 927 do NCPC) – inclusive às súmulas não vinculantes (sic) –, mais do que uma regra de processo civil, parece ser uma regra de teoria geral do processo (ou até mesmo do Direito), como tal a deitar influências em todos os quadrantes da nação, inclusive no processo penal. Mitiga-se a liberdade de convicção sobre matéria de direito (não a de fato!) dos juízes criminais, em favor de um sistema mais coerente, íntegro e igualitário. Também no processo penal, os juízes passarão a dever obediência aos precedentes superiores em matéria criminal (e são tantos), vez que a legislação processual penal é absolutamente omissa a esse respeito.

Portanto, certa é a existência de um sistema processual de precedentes, próprio do direito criminal, orientado, entretanto, pela sistemática própria do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

3.0 julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivo como instituto do sistema de precedentes brasileiro

As demandas repetitivas (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, julgamento por amostragem pelo rito dos recursos repetitivos e Incidente de assunção de competência) constituem técnicas procedimentais distintas que visam alcançar a mesma finalidade: a formação de precedentes obrigatórios.

Enquanto os Recursos Repetitivos, o IRDR e o IAC têm como pressuposto a repetição *de relevantes questões*, os dois primeiros (RR e IRDR) pressupõem a *multiplicidade de demandas sobre o mesmo tema*, ao contrário do último (IAC).

O julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos está regulamentado pelos arts. 1036 a 1041 do CPC, cuja eficácia vinculante é evidente, em razão dos seguintes fenômenos processuais: a) hipótese de improcedência liminar do pedido (art. 332, II, do CPC); b) não sujeição ao duplo grau de jurisdição (art. 496, § 4º, II, do CPC); c) possibilidade de juízo de admissibilidade negativo de recursos especiais (art. 932, IV, *b*; art. 1.030, I, *b*, CPC); e d) possibilidade de provimento de recursos especiais por decisão monocrática do relator (art. 932, V, *c*, CPC). Segundo o *caput* do art. 1036 do CPC:

Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

Ao contrário do IRDR, cujo julgamento é de competência exclusiva dos Tribunais de 2ª instância, o rito dos recursos repetitivos constitui técnica de julgamento de recursos por amostragem, atribuída exclusivamente aos tribunais superiores. No caso do STJ, à sua Corte Especial (art. 11, XVI, do RISTJ).

Neste caso, o tribunal de 2ª instância selecionará recursos (*recurso representativo da controvérsia*), que serão encaminhados ao STF ou ao STJ para fins de afetação, possibilitando a suspensão do trâmite dos processos pendentes sobre o mesmo tema, individuais ou coletivos, conforme decisão do ministro relator. Após trâmite processual específico, sendo proferido julgamento, “decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre

idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada” (art. 1039, CPC). E estabelece, ainda, o CPC:

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

[...]

§ 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia.

§ 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.

§ 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação. (grifamos)

Assentada a tese pelo Tribunal Superior, o entendimento definido pelo julgamento especial terá grau de eficácia média quanto à sua vinculação em relação aos casos futuros, porquanto cabível a Reclamação Constitucional somente após o esgotamento das instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, II, do CPC). Isso porque, como já pontuaram Aurélio Viana e Dierle Nunes (2018, p. 303), em relação ao sistema de precedentes adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro:

[...] em virtude da prematura mudança do CPC/2015, instala-se um rígido modelo de obrigatoriedade, acarretando o empobrecimento do sistema processual, verificável pelas hipóteses normativas que inserem o precedente”. Além disso, afirmam que “corre-se o risco de ocorrer o engessamento do direito em razão de um critério ultrapositivista, pois, uma vez que tenha um tribunal firmado determinado precedente, nada de direito poderia haver além do precedente criado.

Uma vez formado o padrão decisório, há uma perda significativa de possibilidade de discussão da matéria pelo exercício do duplo grau de jurisdição, uma vez que o recurso contra decisão fundada em recurso repetitivo é objeto de Agravo Interno, ou seja, julgado pelo Tribunal prolator da própria decisão recorrida. Neste sentido, esclarece Dierle Nunes (2018, p. 304):

[...] se a decisão combatida se conformar com padrões decisórios eleitos pelo legislador (ausência de reconhecimento ou contrariedade ao regime de repercussão geral ou ainda divergir de acórdão do STF ou STJ oriundo do julgamento de recursos repetitivos), será cabível somente o recurso de agravo interno, portanto, perante o mesmo tribunal (Tribunal de Justiça do Estado ou do Distrito Federal ou Tribunal Regional Federal), nos termos do art. 1.021. Assim, impede-se a rediscussão do padrão decisório diretamente no órgão jurisdicional responsável por sua formação.

Perceba-se que ainda vivemos um contexto no qual o fomento de *lawtechs* (*legaltechs*) induz à utilização de tecnologias que visem facilitar a elaboração de decisões e postulações que serão alimentadas por esses pronunciamentos (precedentes) e que tendem a reduzir o espaço dialógico e promover uma aplicação desses conteúdos de modo automático.?

De algum tempo para cá o uso de tecnologias vem se tornando uma preocupação dos profissionais do Direito, especialmente pela sua utilização constante nos processos eletrônicos.

[...]

O uso de redes neurais vem obtendo várias aplicações no Direito, pois, apesar de elas não possuírem ainda o potencial de resolver todos os para computar o conhecimento jurídico, seu uso oferece excelentes benefícios para recuperação, catalogação de informações e auxílio na determinação da semelhança problemas presentes.

Não bastasse, o padrão decisório consolidado pode constituir em verdadeira jurisprudência defensiva, que inviabiliza a discussão jurídica sobre diversas questões de direito, preocupação já sinalizada pela doutrina, a ser combatida pelo exercício do contraditório efetivo e dinâmico:

Um dos objetivos do CPC/15 foi a criação de mecanismos de combate à jurisprudência defensiva (arts. 4º, 218, § 4º, 932, parágrafo único, para citar alguns exemplos) e os Tribunais se adaptam e sofisticam o modo pelo qual passam a inadmitir os recursos. [...]

De imediato, há de se pontuar que já vimos defendendo há algum tempo que os ônus argumentativos das partes e dos magistrados tenham se modificado no CPC/15, especialmente pela aplicação do disposto no § 1º do art. 489, por força do modelo participativo adotado. No entanto, esse ônus impõe uma análise acurada de todos os fundamentos por todos os sujeitos processuais sem que se criem novos rigores formais.

[...] embora estejamos nesse modelo (comparticipativo) de processo, no qual se exige responsabilidade e interdependência dos sujeitos processuais, não se pode admitir a deturpação do Código – e à obviedade, da Constituição – de forma que a jurisprudência defensiva

seja repaginada e implique inadmissão de uns sem-número de impugnações, principalmente se levarmos em conta a necessidade de ampla discussão das questões jurídicas, já que o legislador optou pela criação de precedentes judiciais diferenciados, cujo funcionamento exige seriedade e esforço de todos os sujeitos processuais, de forma que se tematizem os padrões decisórios antes que se possam servir de modelos para outros casos. (VIANA; NUNES, 2018, p. 394).

Tal cenário se agrava quando se verifica que, pelo RISTJ, não se confere a possibilidade de o MPE manifestar-se previamente acerca da escolha do recurso representativo da controvérsia, mas apenas ao MPF.

É possível, contudo, pela atuação prévia à consolidação da tese e julgamento do recurso repetitivo, contribuir para que o padrão decisório seja formado de maneira que atenda aos interesses apresentados na demanda e à legítima vinculação de casos futuros, considerando os interesses individuais, sociais e coletivos em questão.

Além do trâmite formal previsto no CPC, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça estabelece importante rito procedimental que vai, desde a fase da seleção do recurso repetitivo como candidato à afetação, até o julgamento do recurso do qual se extrai a tese vinculante.

Neste sentido, estabelece o art. 46-A, I, de seu Regimento Interno, incluído pela Emenda Regimental n. 26, de 2016, que compete à Comissão Gestora de Precedentes:

[...] supervisionar os trabalhos do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – NUGEP, em especial os relacionados à gestão dos casos repetitivos e dos incidentes de assunção de competência, bem como ao controle e ao acompanhamento de processos sobrestados na Corte, em razão da aplicação da sistemática dos recursos repetitivos e da repercussão geral.

E ainda:

Art. 121-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais.

[...]

Art. 256-Q. **No julgamento de mérito do tema repetitivo, o relator ou o Ministro relator para acórdão delimitará objetivamente a tese firmada pelo órgão julgador.** (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

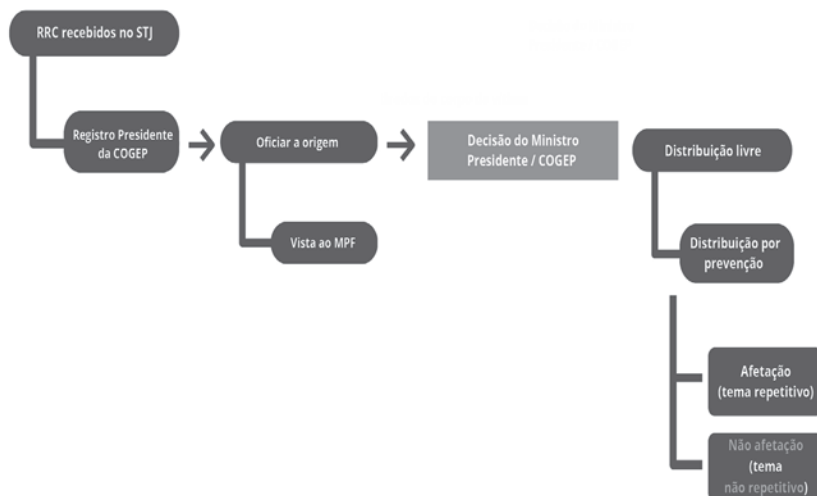
§ 1º Alterada a tese firmada no julgamento de recurso interposto contra o acórdão citado no caput, proceder-se-á à nova delimitação com os fundamentos determinantes da tese. (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

§ 2º A decisão de que trata o § 1º deste artigo será objeto de comunicação aos Ministros do órgão julgador, ao Presidente do STJ e aos presidentes ou vicepresidentes dos Tribunais de origem. (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016). (BRASIL, 2021).

Conforme informações disponibilizadas pelo próprio STJ, uma das estratégias do trabalho de seleção dos recursos consiste em identificar questões jurídicas pacificadas pela jurisprudência do STJ, não obstante possibilitem a interposição de recursos especiais ou agravos em recursos especiais em sentido contrário. Para viabilizar tal atividade, a Secretaria de Jurisprudência do Tribunal Superior realiza o acompanhamento dos processos direcionados ao Tribunal, a indicar a uniformidade de entendimento da Corte.

Após análise técnica, as informações são disponibilizadas à Presidência da Comissão Gestora de Precedentes, que poderá alocar o recurso como representativo da controvérsia e candidato à afetação, nos termos dos arts. 256 ao 256-D do RISTJ, privilegiando o julgamento coletivizado da questão, visando pacificar, em âmbito nacional, questões de direito que se repetem em múltiplos processos.

A propósito, o seguinte quadro ilustra a tramitação dos representativos no âmbito do STJ (BRASIL, 2021):



Vê-se que o RISTJ confere expressamente ao Ministério Público Federal a possibilidade de manifestação prévia à escolha de um recurso representativo da controvérsia, oportunidade que, igualmente, deve ser conferida ao Ministério Público Estadual.

Atendo-se às lições de Dworkin, na figura ideal do juiz Hércules, Viana e Nunes (2018, p. 319) observam a doutrina que:

[...] todo o direito pode ser revisitado, interpretado, e, claro, não há nenhuma razão para excepcionar o direito jurisprudencial, algo que deve decorrer de processos argumentativos desenvolvidos pelas partes, com a disciplina das garantias processuais.

Nesse sentido, sendo possível a participação do MPF no curso da escolha do representativo da controvérsia, como se extrai do procedimento acima ilustrado, a atuação, autônoma e disjuntiva, do MPE, perante os Tribunais Superiores, deve lhe conferir, de igual forma, a possibilidade ampla de manifestação. Valendo-se da teoria do direito como integridade, formulada por Dworkin:

[...] é imprescindível que o uso do direito jurisprudencial no Brasil se dê a partir de premissas teóricas compatíveis com o Estado democrático de Direito e capazes de fornecer as balizas aos atos jurisdicionais decisórios, algo que somente se vislumbra a partir da reformulação do papel (hermenêutico) do direito e, por conseguinte, do afastamento de propostas dos sujeitos processuais, do reconhecimento do caráter linguístico construtivo insistem em depositar as esperanças no acerto das decisões prolatadas pelos garbosos integrantes de altos tribunais do que “teóricas” que sapiência do juiz, no ou mesmo que desprezam o *iter* de formação decisória, de modo a exigir que a fundamentação se dê apenas nas decisões. (VIANA; NUNES, 2018, p. 322).

Note-se que, como exigência do constitucionalismo contemporâneo, já tratado neste trabalho, a legitimidade dos julgamentos não se restringe à sua adequação formal, o que impõe ao Ministério Público a atribuição de, também, analisar a conformação material do precedente com a principiologia criminal sob o aspecto do garantismo integral.

Dessa forma, dada a constatação do recurso repetitivo como meio eficaz de julgamento por amostragem, cumpre ao Ministério Público atuar na prévia formação do precedente vinculante no âmbito do recurso repetitivo, visando à escoreita formação do padrão decisório vinculante.

4. O surgimento do contraditório dinâmico como consequência do Estado Democrático de Direito

4.1. Histórico do contraditório

O princípio constitucional do contraditório, hoje garantia fundamental prevista no art. 5º, LV, da Constituição da República, tem como conceito tradicional o direito de informação à parte aliada à possibilidade de sua reação, em processos judiciais e administrativos. Neste sentido, tradicionalmente, a observância deste princípio exigia apenas que as partes fossem devidamente comunicadas de todos os atos processuais, como forma de garantir a sua participação na defesa de seus interesses individuais.

A propósito, esclarece Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 216-217):

Para cumprir a exigência constitucional do contraditório, todo o modelo procedimental descrito em lei contém e todos os procedimentos concretamente se instauram devem conter momentos para que cada uma das partes peça, alegue e prove. O autor alega e pede na demanda inicial; instituído o processo mediante o ajuizamento desta, o réu é admitido a pedir logo de início, podendo alegar fundamentos de defesa e postular a improcedência da demanda ou a extinção do processo; o autor pode pedir a antecipação da tutela, o que obterá se concorrerem os requisitos postos em lei (CPC, art. 273); ambas as partes são admitidas a produzir provas dos fatos alegados; a parte contrariada por uma decisão tem o caminho aberto para pedir ao Tribunal uma decisão favorável (recurso). Ao pedir, cada um dos litigantes alega, isto é, traz fundamentos destinados a convencer o juiz; e alega também, ao fim do procedimento e antes da sentença, analisando os fatos, as provas e as consequências jurídicas daqueles etc.

Modernamente, ao dever de informação e à possibilidade de reação, acresceu-se o exercício do poder de influência das partes para a formação do convencimento do juiz.

Vê-se que a atual concepção do princípio do contraditório transpôs seus limites formais, ingressando no aspecto material do instituto. Logo, para que seja efetivamente observado no caso concreto, além da possibilidade de reação pela parte, tal reação deve ser apta a influenciar o juiz, a demonstrar a importância da efetiva participação da parte.

Tamanha é a importância do princípio do contraditório no curso dos processos, que o próprio CPC, em seu art. 10, estabelece que:

[...] o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes

oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Trata-se da vedação à chamada “*Decisão-Surpresa*”, ou seja, aquelas que, nas palavras de Vitor Luís de Almeida (2020), Juiz do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

[...] são caracterizadas por aspectos subjetivos e discricionários do poder judiciário, uma vez que não são resultado do debate das partes, mas apenas da íntima convicção do juiz, sem respeito ao dever legal de fundamentação previsto na Constituição Federal. (ALMEIDA, 2020).

4.2. O contraditório dinâmico

O contraditório efetivo e dinâmico é corolário do direito moderno, concebido à luz do princípio democrático, que impõe ao magistrado, pela observância do policentrismo processual, o dever de zelar pela efetividade de seu exercício no caso concreto. Nesse sentido, leciona Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 83) que:

[...] o princípio do contraditório receberia uma nova significação, passando a ser entendido como direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões.

Trata-se de mudança de paradigma no trato do princípio processual do contraditório para justificar o compromisso democrático e de efetivo acesso à justiça determinado pela Constituição da República.

Conforme esclarece Rodrigo Mazzei (2015):

Não se pode, portanto, pensar que as codificações (assim como qualquer legislação infraconstitucional) fiquem imunes se o paradigma constitucional foi alterado. Há, em suma, necessidade de conformação do direito às opções postas na Constituição, postura esta que demanda a interpretação de todo sistema legal guiada pelo farol constitucional, notadamente quando se pretende plasmar na nação um verdadeiro Estado Democrático de Direito amparado em diploma constitucional.

Sob o ponto de vista do constitucionalismo, leciona o doutrinador Adilson de Oliveira Nascimento (2002):

A participação, principal característica da democracia, passa a integrar a ideia do Processo, concebido como queria FAZZALARI, ou seja, como procedimento em contraditório, com participação das partes na preparação do provimento final em simétrica paridade.

Não se quer, com isso, desmerecer a contribuição da jurisdição para o avanço da ideia democrática. Porém, como todo poder deve ser limitado por vínculos constitucionais, sua discricionariedade é dirigida para a consecução dos fins estabelecidos pelo devido processo legal, com a observância do contraditório, ampla defesa e isonomia das partes. O juiz continua no exercício de seu mister a procurar a pacificação social, mas passa a contar com a participação dos interessados conflitantes, o que fará com que o provimento final tenha legitimidade substancial democrática.

O contraditório qualificado como dinâmico é aquele situado em uma condição de superioridade qualitativa em relação aos demais direitos e garantias constitucionais, amplificado em importância, legitimidade e aplicação prática, sendo discutido há bastante tempo pelo direito estrangeiro.

Neste sentido, a doutrina italiana, da década de 1950, pelos estudos de Elio Fazzalari (2006, p. 121), para quem o processo apenas se constitui quando sua estrutura se fundamenta no contraditório e na dialeticidade da argumentação das partes.

Na mesma linha, o art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* francês, sobrelevando a importância do princípio do contraditório, impede a prolação de decisão pelo juiz acerca de aspectos jurídicos suscitados de ofício sobre os quais as partes não foram previamente intimadas para se manifestarem. Confira-se:

Art. 16. O juiz deve, em todas as circunstâncias, ter ele mesmo observado o princípio da contradição. Não pode reter, na sua decisão, os meios, explicações e documentos invocados ou produzidos pelas partes, a menos que estas os tenham podido discutir de forma contraditória. [...] (tradução nossa)².

Igualmente, o art. 103, I, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha,³ que estatui o direito à audição jurisdicional (*Anspruch auf Rechtliches Gehör*), foi interpretado de forma extensiva, para além de simples literalidade: “todos têm o direito de serem ouvidos no tribunal” (tradução nossa).

O contraditório dinâmico, conquista do processo constitucional, atribui, aos interessados, segundo Andolina e Vignera (apud THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2012, p. 290), “possibilidades de participação preventiva”

2 No original, “le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement”.

3 No original, “Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör”.

em relação aos aspectos fáticos e jurídicos discutidos no processo, o que leva à seguinte equação: “defesa = contraditório = participação = audiência preventiva”.

Na mesma linha, leciona Marcelo Veiga Franco (2012), para quem o modelo participativo de processo baseado na cooperação processual e no policentrismo processual – decorrente de um contraditório simultaneamente dinâmico, equilibrado e participativo –, supera a teoria do processo como relação jurídica. Entende-se, dessa forma, que a participação isonômica, coordenada, direta e influente das partes atuantes de forma interdependente e em um trabalho conjunto com o magistrado é essencial para a concretização dos ideais democráticos do Estado de Direito, assim considerados como a legitimidade do provimento formulado a partir das propostas e considerações formuladas direta e efetivamente pelos interessados.

Para Humberto Theodoro Júnior (2012), citando Luigi Paolo Comoglio, “o moderno processo traz em seu bojo significativa carga ética, tanto na regulação procedimental como na formulação substancial dos provimentos decisórios”, impondo ao juiz o dever-ônus de provocar previamente as partes sobre questões determinantes sobre o deslinde da controvérsia. E complementa:

[...] a participação, advinda da leitura dinâmica do contraditório (e de outras garantias processuais constitucionais) importa uma democratização do sistema de aplicação da tutela. Assim, chegaremos a uma aplicação da tutela com resultados úteis e de acordo com as perspectivas de um Estado Democrático de Direito.

No que diz respeito à formação dos precedentes, sobretudo pela sistemática do rito dos recursos repetitivos, incide o dever de fundamentação vinculada, a ela se aplicando o estabelecido no art. 927, § 1º do CPC, segundo o qual “os juízes e os tribunais observarão o disposto no artigo 10 e no artigo 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”. Neste sentido, afasta-se a possibilidade de prolação de decisões-surpresa (art. 10 do CPC).

Tratando-se de tese vinculante, no sentido de determinante para os casos futuros, a postura ativa e vigilante do Ministério Público no curso da formação da tese repetitiva, revela-se imprescindível para a correta aplicação do instituto, sobretudo com vistas ao atendimento dos direitos fundamentais e das expectativas sociais.

5. A imprescindibilidade de atuação do Ministério Público no Superior Tribunal de Justiça no curso da formação dos precedentes criminais pelo rito do recurso repetitivo

O Ministério Público, não só enquanto fiscal do ordenamento jurídico e titular exclusivo da ação penal, pode e deve exercer papel de protagonismo na esmerada formação do precedente, a partir de um estudo aprofundado que viabilize a correta formulação do enunciado objetivo que traduza o padrão decisório oriundo do julgamento por amostragem, pela Corte Superior do STJ. Mas, principalmente, o Ministério Público, enquanto defensor da democracia, é “instituição fundamental do Estado Democrático de Direito”, segundo o Procurador de Justiça do MPMG, Gregório Assagra de Almeida (2013, p. 116).

Sobre a importância do Ministério Público no contexto do Estado Democrático de Direito Brasileiro, no âmbito da Constituição de 1988, esclarece Almeida e Costa (2019, p. 243-244):

O Ministério Público, em razão da função constitucional (arts. 127 a 129 da CR/1988), possui a natureza jurídica da Instituição de Acesso à Justiça, ao lado do Poder Judiciário e de outras instituições que formam a garantia constitucional de acesso à justiça, tendo em vista que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 insere a instituição no Título IV do Capítulo IV – “*Das Funções Essenciais à Justiça*”.

O Ministério Público é, portanto, garantia constitucional institucional fundamental da sociedade e do cidadão.

Isto porque a relevância ímpar da atuação ministerial, declarada expressamente pela Constituição de 1988, atribui ao Órgão, sobretudo sob o ponto de vista da atuação criminal e do resguardo às garantias e direitos fundamentais, o poder-ônus de manifestar-se em todos os processos criminais cujos recursos especiais e respectivos agravos tenham o potencial de serem afetados para fins de julgamento pelo rito dos recursos repetitivos.

Não se trata apenas da submissão do recurso a um rito processual específico de julgamento (após a sua afetação), mas da adoção de sistemática própria, que estabelece requisitos específicos para que a irresignação seja concebida como apta à definição do precedente vinculante.

A propósito, nos termos do art. 1036, *caput* e § 5º, do CPC, os recursos representativos da controvérsia podem ser selecionados tanto pelo Tribunal de Justiça quanto pelo Tribunal do Superior, que, no caso do STJ, deverão observar os seguintes requisitos regimentais para que possam ser afetados ao rito dos recursos repetitivos: a) a maior diversidade de fundamentos

constantes do acórdão e dos argumentos no recurso especial; b) a questão de mérito que puder tornar prejudicadas outras questões suscitadas no recurso; ou c) a divergência, se existente, entre órgãos julgadores do Tribunal de origem, caso em que deverá ser observada a representação de todas as teses em confronto (art. 236, § 1º, do RISTJ).

Tais requisitos, imprescindíveis à delimitação da matéria a ser submetida à Corte Superior, devem ser objeto de prévia manifestação pelo Ministério Público Estadual, nas demandas criminais reais ou potenciais de sua atuação, visando à observância do contraditório dinâmico e efetivo e, por conseguinte, a garantia de acesso à justiça, a defesa dos direitos e garantias fundamentais e, por fim, a legitimidade da aplicação do sistema de precedentes criminais.

Ademais, a necessidade do exercício do contraditório na formulação dos precedentes avulta sob o ponto de vista criminal, uma vez que a aplicação das teses vinculantes deve observar as peculiaridades do sistema penal e processual penal. Sobre a questão, esclarece Hermes Zanetti Jr. (2016, p. 454):

Os problemas que os precedentes apresentam no direito penal e no processo penal são, em alguma medida, distintos dos existentes no direito civil. No direito penal e no processo penal o princípio da legalidade é reforçado pelo sistema garantista (SG). No contexto dos precedentes, esta mudança de lógica do direito civil em sentido amplo para o direito penal e processual penal implica em reconhecer que o campo do direito em que se trabalha impõe limites aos julgadores no momento de considerarem a universalização de suas decisões.

Note-se, por oportuno, a pertinência da prévia intimação ministerial à afetação do recurso representativo da controvérsia, diante da expressa disposição regimental no sentido de que:

[...] o relator poderá solicitar informações aos Tribunais de origem a respeito da questão afetada e autorizar, em decisão irrecorrível, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, com representatividade adequada, a serem prestadas no prazo improrrogável de quinze dias. (art. 256-J do RISTJ). (BRASIL, 2021).

A Resolução nº 235, de 13 de julho de 2016, do CNJ, que dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, também autoriza a participação do Ministério Público na padro-

nização dos precedentes oriundos de recursos repetitivos. Confira-se a redação do dispositivo:

DO NÚCLEO DE GERENCIAMENTO DE PRECEDENTES

Art. 6º O **STJ**, o TST, o TSE, o STM, os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais Regionais do Trabalho devem organizar, como **unidade permanente, o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep)** no âmbito de suas estruturas administrativas com as atribuições previstas no art. 7º.

§ 1º O prazo de implantação dos Nugep's será de até 90 (noventa) dias contados da publicação desta Resolução.

§ 2º Para a organização do Nugep, os tribunais deverão aproveitar os servidores e a estrutura administrativa dos Núcleos de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (Nurer), que atuem diretamente com a gestão da repercussão geral e dos recursos repetitivos.

§ 3º O Nugep será vinculado à Presidência ou à Vice-Presidência do tribunal e será supervisionado por uma Comissão Gestora composta por Ministros ou Desembargadores, conforme o caso, representativa de Seção ou Grupo de Câmaras ou congêneres, de acordo com o regimento interno de cada tribunal, por matéria de competência.

§ 4º O Nugep será constituído por, no mínimo, 4 (quatro) servidores, dos quais pelo menos 75% (setenta e cinco por cento) devem integrar, de forma efetiva, o quadro de pessoal do respectivo tribunal e possuir graduação em Direito.

§ 5º Aos tribunais com grande número de processos é facultada a designação de magistrados para compor o Nugep.

§ 6º **A critério do tribunal, poderão ser convidados a acompanhar as reuniões da Comissão Gestora de que trata o § 3º um representante da Ordem dos Advogados do Brasil, indicado pelo Conselho Federal, e um representante do Ministério Público.** (grifamos).

Revela-se, portanto, pertinente, viável e imprescindível a atuação do Ministério Público no Superior Tribunal de Justiça no curso da formação dos precedentes criminais pelo rito do recurso repetitivo.

6. Conclusão

Diante das peculiaridades do sistema de precedentes brasileiros, cujas teses obrigatórias decorrem da autoridade da decisão e da formalidade do rito adotado, o déficit democrático dos provimentos jurisdicionais dele emanados impõe a prévia manifestação ministerial acerca do recurso que deve ser julgado como representativo da controvérsia criminal, conferindo-

-lhe, outrossim, a possibilidade de formular a proposta de padrão decisório a ser adotado como vinculante. Tudo isso com o objetivo principal de garantir o acesso à justiça, a defesa dos direitos e garantias fundamentais e, por fim, a legitimidade da aplicação do sistema de precedentes criminais.

7. Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público como instituição permanente. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). *Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2013.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. *Direito Penal Processual Coletivo: A Tutela dos Bens Jurídicos Coletivos: Direitos ou Interesses Coletivos e Individuais Homogêneos*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019.

ALMEIDA, Vitor Luís de. O contraditório como poder de influência no Código de Processo Civil de 2015 e a vedação à decisão-surpresa. In: PEREZ, Áurea Maria Brasil Santos et al. *Cinco Anos do Código de Processo Civil 2015: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Escola Judicial "Des. Edésio Fernandes", 2020. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/11281/1/CPC%205%20anos%20-%20TJMG.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: STJ, 2021. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 175, 2015. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e aum. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

FRANCO, Marcelo Veiga. A evolução do contraditório: a superação da teoria do processo como relação jurídica e a insuficiência da teoria do processo como procedimento em simétrico contraditório. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, v. 22, n. 24, 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/11896>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Impactos do novo CPC no processo penal. *Revista JOTA*, 2015. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/impactos-do-novo-cpc-no-processo-penal%C2%B9-11052015>>. Acesso em 10 mar. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve História (ou estória) do Direito Processual Civil Brasileiro: das ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Novo CPC doutrina selecionada*. Volume 1. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. Da natureza jurídica do Processo Penal epistemologicamente adequada à concepção democrática do Estado de Direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 461-477, abr. 2002. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36168>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Justo e Contraditório Dinâmico. In: ASSIS, Araken de; MOLINARIO, Carlos Alberto; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel et al (Org.). *Processo Coletivo e outros Temas de Direito Processual*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito brasileiro. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes: A mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

ZANETI JR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (processo penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). *Processo Penal*. v. 13, Salvador: Juspodivm, 2016. p. 453-468. (Coleção Repercussões do Novo CPC).

NATHÁLIA MANSUR DOS REIS

Coordenadora da Assessoria Jurídica da Procuradoria de Justiça de Recursos Especiais e Extraordinários Criminais do MPMG. Mestranda em Direito. Especialista em Direito Constitucional e Novo Constitucionalismo pelo CEAF-MPMG/Milton Campos.