AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.302.720 - MS (2018/0130190-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO	:	GILMAR ANTUNES OLARTE
ADVOGADOS	:	RENÊ SIUFI - MS000786 HONÓRIO SUGUITA - MS004898 JOÃO VICENTE FREITAS BARROS E OUTRO(S) - MS018099
INTERES.	:	RONAN EDSON FEITOSA DE LIMA
ADVOGADO	:	ANA CLAUDIA RODRIGUES ROCHA E OUTRO(S) - MS016047
INTERES.	:	LUIZ MARCIO DOS SANTOS FELICIANO
REPR. POR	:	ANA MARIA FERREIRA FELICIANO - CURADOR
ADVOGADO	:	CARLOS EDUARDO DA MOTTA LAMEIRA E OUTRO(S) - MS014182

DECISÃO

Cuida-se de agravo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça daquela entidade federativa que inadmitiu recurso especial interposto com fundamento nas alíneas *a e c* do permissivo constitucional.

A controvérsia foi bem relatada pelo *Parquet* federal, *in verbis* (e-STJ fls. 1.006/1.007):

> *O agravante narra que o ex-prefeito de Campo Grande, Gilmar Antunes Olarte, impetrou mandado de segurança contra acórdão do TJ/MS que negou provimento a agravo regimental, sob o fundamento de que "a renúncia ao cargo de prefeito, operada após o encerramento da instrução, não altera a competência da Seção Criminal do Tribunal de Justiça para julgar o processo".*
>
> *3. O mandado de segurança foi indeferido liminarmente, porque o desembargador relator verificou que acórdão impugnado já havia transitado em julgado (art. 5º, III, da Lei n. 12.016/09 - Súmula n. 268/STF) e porque a decisão era passível de recurso (art. 5º, II, da Lei n. 12.016/09 - Súmula n. 267/STF) (f. 239-244). Contudo, Gilmar Antunes Olarte interpôs agravo interno, que foi provido pelo Órgão Especial do TJ/MS, o qual determinou que a inicial do mandado de segurança fosse recebida, com seu regular processamento (f. 251).*
>
> *4. Contra esse acórdão, o MP interpôs recurso especial, que foi inadmitido, sob o fundamento de que a decisão impugnada não havia julgado o mérito do mandado de segurança, sendo, portanto, precária (f. 740-745).*
>
> *5. No agravo, o órgão ministerial alega que o TJ/MS, em última instância, proferiu acórdão, determinando o recebimento e processamento do mandado de segurança. Argumenta que tal decisão*

> *não é precária e não confunde-se com liminar. Sustenta que o acórdão admitiu a impetração de segurança em face de decisão transitada em julgado (f. 934-950).*

Opinou, então, pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 1.007/1009).

É, em síntese, o relatório.

Decido.

Acerca da matéria trazida à baila no apelo raro, consta do acórdão recorrido, no que interessa (e-STJ fls. 498/499, 501/502 e 504/507):

> *A e. Seção Criminal, pelo voto do e. Relator, Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, entendeu que a competência para o julgamento da ação penal não deveria se deslocar para o primeiro grau, aplicando o artigo 399, § 2º, do CPP, que estabelece:*
>
> [...]
>
> ***Ora, a despeito dessa disposição, afere-se de pronto que ela tem natureza infraconstitucional e se insere no bojo do Código de Processo Penal.***
>
> ***Se se está, como no caso, diante de competência absoluta, em razão do foro especial por prerrogativa de função, de ordem pública, evidentemente que a norma não prevalece em face do texto expresso da Constituição Federal, que só admite o julgamento pelo Tribunal do Prefeito, e não do ex-prefeito.***
>
> *No exato instante em que o impetrante renunciou ao cargo, nesse exato momento, este Tribunal deixou de ter competência para julgamento da ação penal, pelo que a única providência a ser tomada então pelo digno relator era declinar da competência e remeter o feito para primeiro grau para ali ter prosseguimento, com julgamento pelo juízo singular, após regular distribuição.*
>
> [...]
>
> *Tanto a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, quanto a Lei de Organização Judiciária, bem assim como o Regimento Interno deste Sodalício, são claros em estabelecer a competência do Tribunal para julgamento do prefeito, de tal forma que,* ***obedecidos os limites estabelecidos pela Constituição Federal, também, uma norma infraconstitucional que dispõe sobre o princípio da identidade física do juiz, como é o caso do art. 399, § 2º, do CPP, NÃO PREVALECE EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, nem tampouco em face da Constituição Estadual ou sequer do Código de Organização e Divisão Judiciárias deste Estado.***
>
> ***Logo, com o máximo respeito a todos os membros componentes da Seção Criminal, alguns membros deste Órgão Especial, não havia***

espaço ou lugar para o raciocínio de que o princípio da identidade física do juiz, no processo penal, levaria a Seção Criminal a ter que julgar a ação criminal, porque a instrução já estava encerrada, aplicando-se então se uma interpretação extensiva, que contraria os princípios acima indicados, da indisponibilidade da competência e da tipicidade dela.

[...]

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, é verdade, considerou abuso de direito em razão de fraude processual quando o réu renuncia com o feito já incluído em pauta para julgamento e nas vésperas da data designada para tanto (AP 396/RO), o que não é a espécie dos autos, em que o e. Relator da ação penal que aqui teve curso afirmou que a instrução processual já estava encerrada há muito tempo, mas até aquele momento, entrementes, o feito sequer estava pautado para julgamento na Colenda Seção Criminal.

Aliás, como bem destacado no voto do culto Des. Romero Osme Dias Lopes, naquele Agravo Regimental referido acima, apontou ele que ainda estavam faltando as alegações finais dos outros dois denunciados, sendo que, nas discussões travadas nas Questões de Ordem acima indicadas, no STF, uma das propostas (Ministra Rosa Weber) era de que esse marco se desse antes das razões finais, mas, como afirmei, nada se deliberou em definitivo a esse respeito.

Assim, não foi consolidado o entendimento de que com o encerrar da instrução processual, o feito continuaria sob julgamento na Corte de origem, em razão do foro por prerrogativa de função, notadamente quando, como no caso, embora a instrução processual já houvesse sido encerrada, tal já havia se dado há muito tempo e o processo não estava pautado para julgamento, estando à espera, ainda das alegações finais dos dois outros réus.

[...]

Deve-se tomar em consideração, outrossim, que nos feitos da competência do Tribunal quem faz a instrução é o relator, e não os membros da Seção perante a qual o processo há de ser julgado, de tal forma que o princípio invocado - o da identidade física do juiz - é bastante relativizado em se tratando de órgão colegiado, na medida em que os demais membros julgadores não tiveram contato com a prova, e examinarão o processo já com as provas produzidas, sem que tenham dela participado diretamente, razão maior então para que tal dispositivo do código de processo penal deixe de ser fundamento para produzir um acórdão por órgão colegiado já absolutamente incompetente ao tempo em ainda haveria de ser feito o julgamento do mérito da ação penal em sessão própria (estando à espera das alegações finais de dois outros réus) *não bastasse o fato de que não pode ele se sobrepor à CONSTITUIÇÃO FEDERAL e ao que está expressamente disposto no art. 29, X, da Constituição Federal, e disposição correlata na Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que só permite o julgamento pelo Órgão Fracionário indicado como competente, pelas normas de Organização Judiciária e Regimento Interno deste Sodalício, daquele que é prefeito no momento do julgamento. Não daquele que, antes disso, renunciou ao cargo, como aqui ocorreu.*

Essas considerações me levam a concluir, assim, ao contrário do entendimento externado pelo e. Desembargador Relator deste agravo interno em mandado de segurança, que o acórdão exarado pela Seção Criminal, e com respeito também a todos os seus membros integrantes, é NULO DE PLENO DIREITO.

Sendo nulo DE PLENO DIREITO, por contrariar frontalmente o artigo 29, X, da constituição federal, é possível exarar o entendimento de que se trata de um ato colegiado praticado de forma inconstitucional, pelo que nem mesmo é possível se falar, em casos tais, de ocorrência de coisa julgada, porque não existe coisa julgada contra disposição expressa da Constituição Federal, qualificando-o, assim - sempre com o respeito devido - como suscetível de controle pela via do mandado de segurança, como aqui se fez, muito em especial por se tratar de matéria de ordem pública que exige pronta ação e intervenção do Órgão Judiciário Superior competente, como é este Órgão Especial, para exame da matéria posta.

*Além disso, **o aresto profligado foi proferido contra o princípio do juiz natural, pilar e estrutura fundante da Jurisdição, sem a qual não é possível se emprestar validade e eficácia ao ato decisório***.

[...]

*No exato instante da renúncia a Seção Criminal deste Sodalício deixou de ser o juízo natural para o julgamento da ação penal. **O feito deveria ter sido imediatamente remetido para o juízo singular criminal, a quem caberia julgar com os elementos probatórios já então contidos nos autos ou, ao revés, promover ele próprio a complementação da instrução nos pontos que entendia adequados e suficientes para formação de seu convencimento, ou determinar, inclusive, o refazimento de toda prova, se assim entendesse, entendimento já consagrado também na doutrina e na jurisprudência***.*

[...]

Tão grave é o vício - de natureza processual - constante do v. acórdão em face do qual este mandado de segurança foi intentado, que o art. 64, § 1º, do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo penal, comprometendo o resultado final alcançado, dispões que "a incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, e deve ser declarada de ofício".*

*Dispositivo como os do art. 399, § 2º, do CPP, que estabelece **o princípio da identidade física do juiz objetiva garantir, é certo, agilidade na prestação jurisdicional. Isso não quer dizer, todavia, que a interpretação das normas do processo deixe de ser realizada à luz do que estabelece a Constituição Federal, como no caso presente***.*

Era de ofício, assim, que devia ter atuado o douto relator da ação penal originária que aqui estava em curso, mas não o fez, optando por aplicar uma norma infraconstitucional atinente ao princípio da identidade física do juiz que, reafirmo, jamais pode se sobrepor à força contida no inciso X do art. 29 da Constituição Federal, sendo

este o entendimento que exaro sobre a matéria, notadamente porque, ***com a declinação da competência, não haveria que se falar que o juiz, necessariamente, deveria sentenciar, eis que poderia ele entender de refazer parte da instrução, como oitiva das testemunhas já arroladas para fins de esclarecimentos que entendia ainda devidos, tudo isso em homenagem ao princípio da ampla defesa e do contraditório****.*

[...]

Além disso, divirjo também do entendimento de que a parte deveria ter impetrado o recurso cabível, não permitindo o trânsito em julgado, razão pela qual a desconstituição do ato se daria, agora, pela ação rescisória, onde poderia pleitear tutela de urgência para impedir os efeitos da coisa julgada.

Acontece que o trânsito em julgado, aqui, não é do acórdão que julgou o mérito da ação penal. Aqui se discute a questão prejudicial relativa à competência para o julgamento daquela ação penal.

A coisa julgada que se formou aqui, então, diz respeito - tão-somente - a uma questão de natureza processual, ou seja, a coisa julgada formal e não a coisa julgada material, esta sim, apenas, a ser objeto de rescisória e a que se referem as Súmulas 267 e 268 do STF, de tal forma que, assim, independentemente de ser a r. decisão profligada considerada teratológica, ou não, a inicial do mandado de segurança deveria ser recebida e processada ante a não incidência dos referidos óbices sumulares.

Com efeito, quando as Súmulas 267 e 268 são invocadas como forma de se impedir o acesso ao mandado de segurança para atacar decisão judicial transitada em julgado, está se referindo à coisa julgada material e não à formal, que foi a que se operou no caso concreto.

[...]

Ora, a decisão do relator da ação penal foi mantida em sede de agravo interno. Os recursos ulteriores não teriam aptidão para impedir a produção imediata dos efeitos da decisão, para impedir que a ação penal fosse pautada e julgada pela e. Seção Criminal. ***O sistema processual, em especial o do processo penal, revela-se insuficiente para tutelar a efetividade do direito do impetrante, aqui posto em discussão, veiculando ofensa a uma disposição de ordem pública, que é a incompetência absoluta do órgão para julgamento da ação penal ante a renúncia do cargo de prefeito pelo impetrante****.*

Logo, o Mandado de Segurança tem cabimento, não incidindo na espécie, pela peculiaridade da matéria e sensibilidade do tema nela veiculado, a Súmula 267 do STF *(Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.)*

Quanto à Súmula 268 do STF*, também (Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado), algumas considerações são necessárias.*

A coisa julgada a que se refere a Súmula, a meu modo de ver, é a coisa julgada material, não a formal, que foi a que se operou no caso concreto, porque foi decidido apenas incidentalmente uma

> ***questão atinente à competência do órgão julgador.***
>
> ***Faço essa afirmação diante da observação de que o impedimento para uso do mandado de segurança diante da coisa julgada pressupõe a constatação de que o direito processual civil contempla a possibilidade da ação rescisória, a qual tem como hipótese de cabimento, dentre outras, a alegação de incompetência absoluta do juízo. Todavia, sabidamente, a ação rescisória é direcionada apenas em face da sentença de mérito, transitada em julgado. Coisa julgada formal é insuscetível de ação rescisória.***
>
> ***Logo, no momento em que o processo se encontra, a rescisória não se revela cabível, o que destaca a possibilidade do uso do mandado de segurança para combater a r. decisão invectivada, exarada pela E. Seção Criminal deste Sodalício.***
>
> *Assim, se a súmula 268 do STF ainda vigora, tal decorre do fato de que o sistema processual teria outras formas de obviar a coisa julgada.*
>
> ***Contudo, não cabendo a ação rescisória, presentemente, por ter ocorrido decisão sobre matéria de natureza processual (coisa julgada formal, portanto), evidentemente que o uso do mandado de segurança é necessário e útil para o impetrante, devendo a inicial ser recebida e processada, com todo respeito ao douto relator.*** (Grifei.)

Verifico do exame do excerto em tela, que os fundamentos em destaque, suficientes à manutenção do acórdão recorrido, não foram impugnados, de forma específica, nas razões recursais, sendo forçoso o reconhecimento do óbice da Súmula n. 283/STF no caso.

Nesse sentido:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 370, § 1º, DO CPP. (I) - ACÓRDÃO ASSENTADO EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE. RECURSO QUE NÃO ABRANGE TODOS ELES. SÚMULA 283/STF. (II) - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *1. Verificando-se que o v. acórdão recorrido assentou seu entendimento em mais de um fundamento suficiente para manter o julgado, enquanto o recurso especial não abrangeu todos eles, aplica-se, na espécie, o enunciado 283 da Súmula do STF.*
>
> *2. Segundo a legislação processual penal em vigor, é imprescindível quando se trata de nulidade de ato processual a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, o que não ocorreu na espécie.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no REsp 1597699/SC, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS

MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROGRESSÃO DE REGIME. NULIDADE DA DECISÃO DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO ATACADO. SÚMULA N. 283 DO STJ. NOVO EXAME DO APENADO POR MÉDICO PARTICULAR. SÚMULA N. 7 DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A falta de impugnação a fundamento do acórdão recorrido, suficiente para a manutenção do decisum, justifica a aplicação da Súmula n. 283 do STJ.

2. Para afastar a conclusão motivada do acórdão estadual - desnecessidade de realização de novo exame criminológico por médico particular para fins de progressão de regime, porquanto o apenado não registra intercorrência em seu histórico carcerário e os "exames psicossociais realizados intramuros" são favoráveis a ele -, seria necessário o reexame de elementos fáticos e probatórios dos autos, providência inadmissível na via do recurso especial. Súmula n. 7 do STJ.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 903.700/MT, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 16/08/2016.)

Desse modo, **os principais argumentados trazidos pelo acórdão recorrido para repudiar as teses de não cabimento do mandado de segurança e de prorrogação da competência deixaram de ser refutados individualmente pelo ora agravante**, o que atrai o não conhecimento do apelo em ambas os pontos.

Ademais, verifico que a aventada divergência jurisprudencial não foi demonstrada nos termos exigidos pela legislação processual de regência. A mera transcrição de ementas não serve à comprovação do dissídio, sendo necessário o cotejo analítico entre os acórdãos recorrido e paradigma, com a efetiva confirmação da similitude dos casos confrontados.

A propósito:

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E NULIDADE DO ATO DE RECONHECIMENTO DE PESSOA. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF.

[...]

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE

> *DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO NOS TERMOS ART. 541, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/73 E DO ART. 255 DO RISTJ. RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *1. O conhecimento do recurso especial interposto pela alínea "c" do permissivo constitucional exige a demonstração do dissídio jurisprudencial, de acordo com os requisitos do art. 541, parágrafo único, do CPC/73 e do art. 255 do RISTJ.*
>
> *2. Na espécie, deixou o recorrente de realizar o cotejo analítico entre os acórdãos confrontados, evidenciando que foram adotadas soluções diversas em litígios semelhantes, sendo insuficiente a mera transcrição das ementas dos julgados apontados como paradigma.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no AREsp 729.869/RJ, relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 07/11/2016.)

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. LESÃO CORPORAL GRAVE. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NECESSIDADE DE TRANSCRIÇÃO DE TRECHOS DOS ACÓRDÃOS RECORRIDOS E PARADIGMA. REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO DA PENA-BASE EM 1/6. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. INVIABILIDADE. AGENTE MULTIRREINCIDENTE. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.*
>
> [...]
>
> *2. O conhecimento do recurso especial pela divergência exige a transcrição dos trechos dos acórdãos impugnado e paradigma, evidenciando-se, de forma clara e objetiva, o suposto dissídio jurisprudencial. Diante disso, não é bastante, à realização do cotejo analítico, a simples transcrição de ementas ou votos - como ocorreu na espécie -, pois insuficiente para demonstrar a similitude fática entre o acórdão recorrido e o considerado mais adequado ou "padrão" (arts. 541, parágrafo único, do CPC e 1.029, § 1º, do NCPC).*
>
> [...]
>
> *6. Agravo regimental conhecido em parte e, nessa extensão, não provido.* (AgInt no REsp 1475151/SC, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 27/10/2016.)

Outrossim, as teses jurídicas manifestadas no acórdão recorrido e nos paradigmas são divergentes, sendo certo que a solução adotada por eles é diversa em virtude da dessemelhança entre os suportes fáticos de cada um.

Com efeito, conforme afirmado pela Corte de origem, a situação fática dos autos não é análoga àquelas ocorridas na QO na AP n. 536/MG e na QO na AP n. 606/MG, ambas do Supremo Tribunal Federal, quanto à ocorrência de abuso de direito em razão de fraude processual, a justificar a prorrogação da competência.

A uma, porque assentado pelo acórdão vergastado que, na hipótese, quando o agravado renunciou ao mandato de prefeito, **o processo em tela nem sequer estava pautado para julgamento na Seção Criminal** (e-STJ fl. 501), o que diverge do paradigma em que o feito estava incluído em pauta para julgamento e nas vésperas da data designada para tanto.

E, a duas, porque, conforme destacado pela Corte *a quo*, de acordo com o entendimento consagrado na doutrina e na jurisprudência, o Juízo singular, ao receber o feito, poderia "*julgar com os elementos probatórios já então contidos nos autos ou, ao revés, promover ele próprio a complementação da instrução nos pontos que entendia adequados e suficientes para formação de seu convencimento, ou determinar, inclusive, o refazimento de toda prova, se assim entendesse"* (e-STJ fl. 504).

Desse modo, além de tais premissas não terem sido objeto de ataque específico pelo recorrente, não se verifica similitude fática entre as situações postas em confronto, o que impede a análise do pleito recursal nos moldes em que apresentado.

Ante o exposto, **conheço** do agravo para **não conhecer** do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator