

PROMOTOR AD HOC*

JOÃO BATISTA FERREIRA GOMES
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. Introdução; 2. Comentários; 3. Outras considerações; 4. Conclusões; 5. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

A gênese da presente tese foi inspirada no artigo confeccionado pelo Dr. Jesseir Coelho de Alcântara (Juiz de Direito do Estado do Espírito Santo)¹, sob o título *Possibilidade de nomeação de promotor ad hoc*.

O culto magistrado fundamentou o seu entendimento em um julgado do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa tem a seguinte redação:

“Recurso Especial n. 2.123, do Espírito Santo. Processo Penal. Promotor ad hoc.

A vedação do art. 55, da Lei Complementar n. 40/81, não pode implicar cerceamento ao normal exercício da função constitucional do Poder Judiciário. Configurada tal hipótese, é de admitir-se a designação de promotor ad hoc. Recurso não conhecido.”

O Acórdão é de 21 de agosto de 1990, tendo sido publicado no *Diário da Justiça da União* de 10 de setembro do mesmo ano.

* Aprovada por maioria, com emendas.

O respeitável membro do Judiciário se apega essencialmente no teor do art. 2º do Diploma Maior, que dispõe:

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Salienta, entretanto, que a independência não é absoluta, pois não é admissível que um Poder impeça o funcionamento do outro.

Ressalta, ainda, que a deficiência de um Poder não pode prejudicar a ministração da Justiça por outro Poder e seja atingido de frente o determinado pela Carta Magna aos acusados — direito a ampla defesa.

Cita, a título de exemplo, a hipótese do instrumento da precatória, onde, se no Juízo deprecado inexistir representante ministerial, a nomeação do advogado para funcionar *ad hoc* em substituição é medida que se impõe, mormente quando há emperramento da cúpula ministerial para indicação de outro substituto para funcionar no feito, haja vista que a determinação é de caráter excepcional ao cerceamento do normal exercício de função constitucional que justifica a interferência do Poder Judiciário na prática de atos de natureza administrativa.

Continua o nobre Justiceiro que a nomeação deve ocorrer tão-somente para o ato, não devendo o magistrado ficar nomeando a seu bel-prazer Promotor *ad hoc*, mas, somente, em casos excepcionais.

Finaliza o trabalho ressaltando que, muito embora exista determinação expressa constitucional em sentido contrário (art. 129, § 2º), admite que a independência dos Poderes, que se erige em um dos postulados fundamentais da Carta Magna, sobrepuja o que dispõe o artigo acima citado, sendo, portanto, possível a nomeação de Promotor *ad hoc*, em casos especiais.

2 COMENTÁRIOS

O autor, em inúmeras passagens, cita constantemente o vocábulo *Poder*, individualizando-o, como sendo um atributo particular do Executivo, Legislativo e Judiciário.

Equivoca-se, pois, a doutrina, maciçamente, quando inclina-se no sentido de enfatizar o Poder como sendo *Uno*.

Michel Temer² já há muito tempo leciona que o Poder é uma unidade sendo um atributo do Estado.

A distinção é entre os órgãos desempenhantes de *funções*.

Idêntica opinião comunga o festejado jurista, Celso Ribeiro Bastos³, quando ministra que “qualquer que seja a forma ou o conteúdo dos atos do Estado, eles são sempre fruto de um mesmo Poder. Daí ser incorreto afirmar-se a tripartição de *Poderes Estatais*, a tomar essa expressão ao pé da letra. É que o Poder é sempre um só, qualquer que seja a forma por ele assumida. Todas as manifestações de vontade emanadas em nome do Estado reportam-se a um querer único, que é próprio das organizações políticas estatais”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴, também, entende que a forma clássica da separação dos Poderes carece de teor científico, pois, inexistindo Estado sem Poder, e sendo este o princípio unificador da ordem jurídica, como tal, evidentemente, é *uno*, consistindo a separação de Poderes, na verdade, em funções estatais.

Feita esta pequena digressão, sob a ótica da mais pura doutrina constitucional, verifica-se, na verdade, que o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Legislativo não passam de desmembramentos do Estado único, que desempenham funções cujo fim precípuo é a própria razão de existência do Estado, este sim, detentor de um Poder *uno*.

O que significa, então, a denominada *independência* entre os Poderes, a que tanto o autor se reporta como sustentáculo de seu convencimento.

Magistralmente, o emérito Prof. de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Michel Temer, expõe de maneira contundente e insofismável o seu pensamento.

Inicialmente, expõe o renomado cientista que é revelada essa independência pela circunstância de cada Poder haurir suas competências no texto constitucional, ressaltando que nenhuma norma infraconstitucional pode subtrair competências que foram entregues pelo constituinte.

Cita exemplos arrancados da Carta Magna, dentre os quais o art. 95, que assegura aos juízes os seguintes predicamentos:

I — vitaliciedade; II — inamovibilidade; III — irredutibilidade de vencimentos.

Verifica-se, assim, que o constituinte se preocupou com a Instituição para conferir-lhe independência.

O Executivo e o Legislativo têm a independência revelada pelas competências privativas que lhes são atribuídas pelo próprio texto constitucional.

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 8. edição.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 17. edição.

Outro fator que corrobora a regra da independência dos Poderes é o da indelegabilidade de atribuições.

Na Constituição de 1967, estava preceituado, no art. 6º, parágrafo único, que, "salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro".

Na Constituição atual — embora não declare expressamente sobre a delegação de atribuições, através de uma breve incursão no seio do ordenamento jurídico —, verificaremos que está implícita.

Ainda, sob os ensinamentos de Michel Temer, constata-se que o próprio art. 2º, ao proclamar a independência, separando as funções e entregando-as a órgãos distintos por uma vontade soberana (Assembléia Constituinte) e, portanto, acima da vontade dos órgãos criados, possam eles, a seu critério, delegar atribuições uns aos outros.

Pensar de outra maneira seria ilógico.

Some-se ao exposto que a Constituição, ao possibilitar hipóteses de delegação, o faz expressamente.

Tal qual a indelegabilidade de atribuições, impossibilita-se, também, a investidura em funções de Poderes distintos. Quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

De tudo o que foi exposto, chega-se à inafastável conclusão de que o objetivo constitucional foi preservar a independência de cada órgão do Poder.

Dessa forma, o alicerce de fundamentação do autor originário — pela qual a independência não é absoluta, e pode ser tombada, quando impedir o funcionamento de outro poder — cai por terra, pois a regra é a da indelegabilidade de atribuições, salvo as hipóteses previstas pela Constituição.

Se nem mesmo o Procurador-Geral de Justiça pode delegar atribuições exclusivas do Ministério Público a membros estranhos à instituição, como pode um membro de outro órgão invadir campo alheio e ferir a regra da independência dos Poderes?

O autor, ao conceber como possível a nomeação de Promotor *ad hoc*, ingenuamente acredita que com tal atitude irá contribuir para o engrandecimento do princípio da ampla defesa, quando na verdade, com sua conduta, irá macular direitos constitucionais de toda uma sociedade.

O prof. Celso Ribeiro Bastos assevera:

"todas as garantias para o indivíduo cujo asseguramento se pretende obter por meio da separação de funções e poderes estariam condenadas à incerteza e à fragilidade, se permitida fosse a delegação de competências entre os poderes".

Assim, a independência é *conditio sine qua non* para a preservação de nossos direitos fundamentais.

O que pode suceder com o entendimento do culto magistrado é dotar o Judiciário de um Poder que vai além da própria norma fundamental kelseniana, quando o pensamento político contemporâneo repugna a ilimitação do Poder.

3 — OUTRAS CONSIDERAÇÕES

Desde o advento da Carta Magna de 1988, diversos autores nacionais do maior quilate expuseram seus pensamentos no que concerne à possibilidade de nomeação de Promotor *ad hoc*.

Hugo Nigro Mazzilli⁵, Promotor de Justiça paulista, com a ponderação que sempre lhe foi peculiar, nos ensina que inicialmente a vedação de Promotores *ad hoc* teve como marco inicial o art. 55 da Lei Complementar n. 40/81, onde se vedou o exercício das funções do Ministério Público a pessoas a ele estranhas, sepultando de vez as disposições elecandas nos arts. 419 e 448 do Código de Processo Penal.

Com a promulgação do Diploma Máximo, foi jogada uma pá de cal sobre as pretensões daqueles entendimentos diversos, pois o art. 129, § 2º, proclama de forma absoluta que "As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação".

Como bem lembra o renomado autor, a jurisprudência⁶ tem se posicionado no sentido de considerar como nulidade relativa a nomeação de Promotor *ad hoc*.

Digladiando contra tal entendimento, vale-se de dispositivos constitucionais, que contrariam *in totum* o teor dos acórdãos.

São eles:

1. Preservação da imparcialidade do juiz (Cf, art. 5º, LIV).
2. Zelo de interesses sociais e individuais disponíveis (CF, art. 127).
3. Funções privativas do Ministério Público (CF, art. 129, § 2º).

⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro *O Ministério Público na Constituição de 1988*.

⁶ JSTF, *Lex*, 75/442; RTJ, 11/1.329; RT, 581/385, 578/392.

Detenhamo-nos nos citados artigos.

Preceitua o art. 5º, LIV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

É a consagração do *due process of law*, sendo dupla a garantia que oferece⁷.

Primeiramente, é indispensável a aplicação de qualquer pena, segundo a regra *nulla poena sine iudicio*, e que o devido processo legal significa o processo, onde estejam presentes os princípios do contraditório, da isonomia e ampla defesa.

Verifica-se, portanto, que o Promotor de Justiça, atuando dentro de sua órbita, delineada pela Constituição, não faz outra coisa senão preservar em toda a sua pureza os mencionados princípios.

Já a regra insculpida no art. 127 demonstra que o Ministério Público é um órgão político, de garantia das instituições fundamentais da sociedade, quer no campo do direito público, quer no campo do direito privado, encontrando-se sua atuação acima dos interesses imediatos de determinado administrador, legislador ou mesmo órgão judiciário⁸.

No que concerne à norma constitucional preceituada no art. 129, § 2º, entendemos ser desnecessário maiores comentários, visto a transparência de seu teor.

Dessa forma, conclui Hugo Nigro Mazzilli, ser nulo, quando não mesmo inexistente, o ato praticado por Promotor *ad hoc*.

Dentro dessa mesma coerência, Antônio Cláudio da Costa Machado⁹ entende que foi desejo da Lei Maior estabelecer vedação à nomeação de Promotores *ad hoc*, impedindo que exerçam funções ministeriais estranhas aos quadros da Instituição.

Já nos idos de novembro de 1981, o Doutor José Roberto Antonini, então 1º Curador-Geral de Campinas, Estado de São Paulo¹⁰, já anunciava que a ausência do membro da instituição deveria ser remediada de outra maneira, nunca pela nomeação de Promotor *ad hoc*, que correspondia, no fundo, à supressão do Ministério público, como se não existisse a Seção VII do Cap. VII do Tít. I da Constituição da República.

Com uma visão voltada para o futuro, o nobre colega, tal como Calças, já profetizava que "As reformas legislativas devem visar ao aprimoramento. E a subsistência do Promotor *ad hoc* no nosso Código de Processo Penal seria lamentável, passados mais de 40 anos desde que entrou a vigorar o Código atual, com o Ministério Público hoje bem organizado em todas as unidades da Federação, tendo a sua estrutura delineada não só na Constituição da República como nas correspondentes Constituições estaduais e achando-se prestes a ser editada a lei complementar, de âmbito nacional, prevista no art. 96, parágrafo único, da CF."

As reformas legislativas estão aí, e no ápice de todo o ordenamento positivo.

Tanta luta, tanta reflexão, tanto estudo por parte dos Ministérios Públicos estaduais e federal, atingiu um dos grandes objetivos, que foi afastar, por vez, a figura esdrúxula do Promotor *ad hoc*, que agora, graças à acórdãos e entendimentos pouco amadurecidos, pode voltar à tona, ressuscitando uma praxe *contra legem* Promotor *ad hoc*.

4 CONCLUSÕES¹¹

1. É inadmissível a nomeação de Promotor *ad hoc*, sob o argumento de que a independência dos Poderes é relativa, podendo o "poder" Judiciário ingressar em seara alheia quando pressentir que um outro "poder" está impedindo o funcionamento do seu.

2. Dessa forma, a possibilidade da nomeação do Promotor *ad hoc* é, sob a nossa ótica, uma verdadeira fantasia, um conto de fadas, pois o alicerce de fundamentação do Superior Tribunal de Justiça e de seu arauto foi erigido em areias movediças, e irá ruir ao menor toque, tal como um castelo de cartas, porém, trata-se de uma realidade, quando observamos perplexos o teor do referido Acórdão e trabalhos sendo elaborados ao arripio da Lei Maior.

Assim, tais entendimentos devem ser repelidos, a todo custo, por aqueles que vêem no Ministério Público um instrumento de defesa da ordem política e da sociedade.

Finalizando, no que concerne ao citado "poder" Judiciário, cabe menção a feliz frase de Lord Acton, que Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com o brilhantismo que lhe sempre foi incomum, complementou:

"Todo poder corrompe, inclusive o democrático"

⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*.

⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, 1º v. p. 166.

⁹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério público no processo civil brasileiro*.

¹⁰ RT n. 553 p. 470.

¹¹ Aprovadas pelo Plenário

5 BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., São Paulo: Saraiva.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed., São Paulo: Saraiva.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: RT.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. São Paulo: Vellenich.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 5. ed., São Paulo: RT.