

A VEDAÇÃO DE PROMOTOR *AD HOC* (*)

“DENÚNCIA – Oferecimento por Promotor “ad hoc” – Nulidade inexistente – Nomeação daquele pelo juiz em virtude de paralisação da classe dos representantes do órgão ministerial – Validade do ato praticado em face da excepcionalidade do caso – Declarações de votos vencedores e vencido. I – Embora a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e a Constituição da República Federativa do Brasil estabeleçam regras de que as funções do Ministério Público são privativas dos integrantes da carreira, em casos excepcionais, como a paralisação da classe, é de se dar como válidos os atos praticados por Promotor “ad hoc”, dado que ninguém pode obstaculizar o funcionamento do Poder Judiciário. II – “Habeas Corpus” denegado” (STJ, HC 1.669-4 – GO – 6.^a T. – J. 27.4.93 – Rel. Min. Pedro Aciole – DJU 14.6.93).

No julgado acima, o Min. Vicente Cernicchiaro, ao proferir seu voto, acompanhando o Relator, referiu *que até o próprio Juiz, em casos excepcionais, pode ser substituído, para não prejudicar a prestação jurisdicional*. Todavia, pelo que se percebe de suas palavras, essa substituição se daria entre membros do Poder Judiciário, investido pela mesma forma que o substituído, o que não ocorre no apregoado em relação ao Ministério Público, em que a substituição é feita por pessoas estranhas ao quadro da carreira. Vejamos a manifestação do e. Ministro:

“Com efeito, o MP, pelas suas funções institucionais, promove privativamente a ação penal, tanto que o Art. 129, §2.º da Lei Maior diz: “As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação”.

Esse dispositivo, entretanto, está referindo-se às hipóteses normais, onde o MP estiver atuando. Não é possível essa atividade do Estado ser paralisada, não haver, eventualmente, numa comarca, representante do MP, ou os que lá estejam, por qualquer razão, não desejem exercer a sua atividade. Reedito meu entendimento anterior. Chamo à colação o seguinte: até o Juiz poderá ser eventualmente substituído no caso da ausência de quem detenha a jurisdição, porque o Poder Judiciário não pode ser paralisado.

Recordo-me, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, quando havia deficiência de Juízes naquela área brasileira, designava substitutos do Distrito Federal. Recordo-me de outro caso: há alguns anos fui designado pelo Tribunal Superior Eleitoral, em face da ausência de Juiz Eleitoral, em Roraima, para presidir as eleições e promover a respectiva apuração.

Portanto, caso de força maior, conseqüentemente, foge à regra normal”⁶⁵.

Ainda no tumultuado julgado acima, o e. Min. Adhemar Maciel, proferindo voto/vista, assim se manifestou:

“Antes do advento da Constituição de 1988, não tenho a menor dúvida, a solução prática, encontrada pelo douto juiz singular e chancelada pelo e. TJGO tinha razão de ser. Agora, não”.

O Art. 129 é incisivo: ‘São funções institucionais do Ministério Público: **omissis...** § 2.º. As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação’.

Como se vê, o texto constitucional fala em ‘só podem ser exercidas por integrantes da carreira’. Ora, a investidura se fez ao arrepio da Constituição. O juiz, **data venia**, não tinha como nomear, ainda que **ad hoc**, um **extraneus** para exercer tal ministério, que é privativo de agente político, com toda a garantia dada pela Constituição.

Outro, a propósito, não é o ensinamento de Júlio Fabbrini Mirabete:

‘As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação (art. 129, § 2.º, da CF).

Veda-se, assim, qualquer possibilidade de nomeação de Promotor **ad hoc**, que era admitida, em caráter excepcional, na vigência da Constituição anterior, segundo orientação do STF’ (Processo Penal, Atlas, p. 314)”.

Assim, é de se remarcar que, diante da norma constitucional, pessoas estranhas ao quadro ministerial não podem exercer, ainda que em casos excepcionais e transitórios, o mister ministerial.

Suponha-se que seja o Judiciário, e não o Ministério Público, a fazer greve, qual seria a solução desse impasse? Nomear-se ia, porventura, advogado como juiz **ad hoc**, sob a alegação de que a greve impede o regular funcionamento do Poder Judiciário? Tal não é admissível. Para a mesma razão, deve prevalecer a mesma disposição – **ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositiõ**.

É princípio pacífico em nosso Direito a supremacia da Constituição com todas as suas conseqüências, em especial a sua rigidez, de onde decorre a

⁶⁵ RT 702/387.

invalidez de toda lei ou de todo ato que a ela contradisser. A validade de qualquer ato derivado da Constituição, portanto, depende de sua concordância com a Constituição⁶⁶.

Ora, de modo algum há regras menos fortes no texto constitucional, todos os valores constitucionais ocupam o mesmo patamar que acontece em virtude de integrarem o texto constitucional, não sendo lícito sacrificar, pura e simplesmente, um deles ao outro, de forma que a afronta ao que claramente vem disposto no Art. 129, §2.º, recai inevitavelmente na seara da inconstitucionalidade, por mais especiosa que seja a interpretação dada.

A orientação do STJ, de que em “casos excepcionais” é possível nomear promotor *ad hoc*, remonta ao regime constitucional anterior, em que não existia dispositivo semelhante ao Art. 129, §2.º da atual CF. Tem-se por certo, na interpretação constitucional, que, quando um novo texto repete o anterior, deve prevalecer a interpretação que dantes lhe conferia. Todavia, se a nova Constituição cria um novo texto ou insere algo antes inexistente, se há de inferir que a *mens constitutionem* se modificou; isso, por decorrência, induz à releitura do texto, vale dizer, a uma interpretação, cuja finalidade é adaptá-lo à nova realidade e à nova disciplina constitucional.

José Carlos Barbosa Moreira, em trabalho recente, ressalta como fator adverso que põe em risco a efetividade das normas constitucionais, a pura e simples indolência mental, que, em interpretação *retrospectiva*, lê o novo texto com espírito nostálgico, sem o ímpeto de buscar novas soluções. Tanto a timidez como a eventual hostilidade do Poder Judiciário lhe tirariam as honras de colaborador sincero e empenhado na restauração democrática, para transformá-lo em coadjuvante do fracasso, como sabotador voluntário ou involuntário⁶⁷.

Admitir a interpretação dada ao dispositivo pelo STJ é admitir que se distinga na Constituição entre o que é absolutamente cogente e o que não é, princípios esses que jamais qualquer dos partidários da tese ventilada ousaria aceitar nua e crumentemente.

Por rigorosa que pareça, a nulidade (ou inexistência, se quiser ir mais longe) é a única conclusão possível se se quiser resguardar a supremacia da Constituição. Do contrário, a superioridade da Constituição não seria absoluta, já que haveria a possibilidade de dispensá-la, nesta ou naquela hipótese, de acordo com os interesses do momento. Seria profundamente contraditório conceber-se como cogente a regra jurídica e tolerar-se que seja fraudada⁶⁸.

⁶⁶ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Do Processo Legislativo”, Saraiva, 1995, pp. 211-212.

⁶⁷ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *O Poder Judiciário e a Efetividade da Nova Constituição*, RF 304:151.

⁶⁸ Cf. Pontes de Miranda, “Tratado de Direito Privado – Parte Geral”, Tomo I, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1954, pp. 53-54.