

## A questão do Promotor ad hoc (\*) (\*\*)

SERGIO DEMORO HAMILTON (\*\*\*)

1. O estudioso das questões relacionadas com o Ministério Público ou, ainda, aquele dotado de razoável conhecimento do direito processual, há de estranhar, por certo, que um *thema* jurássico volte a merecer a atenção do escriba, quando tantos outros assuntos atuais, realmente interessantes, estariam a demandar exame e meditação. Mas como viver é a arte de enfrentar desafios (por mais absurdos que eles se apresentem!) vejo-me forçado a examinar a matéria, analisando-a, agora, sob um prisma que, até onde vai o meu conhecimento, ainda não se viu focalizado pela doutrina e pela jurisprudência que se ocuparam do assunto.

2. Qual a razão da atualidade do tema jurídico?

É uma indagação natural, que encontrará sua razão de ser, principalmente, por parte dos membros do Ministério Público de outros Estados, onde, há séculos, o assunto encontra-se sepultado para todo o sempre.

O motivo é bem provinciano; localizado, de forma específica, no Estado do Rio de Janeiro, onde, recentemente, ressurgiu, com integral apoio do Sr. Desembargador Corregedor-Geral da Justiça, através do Aviso de nº 227/97, que chegou a vigorar por certo tempo, até que fosse desconstituído através de medida liminar concedida em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Sr. Procurador-Geral da República, Dr. **Geraldo Brindeiro**, perante o Supremo Tribunal Federal, com fulcro em representação oferecida pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, onde se logrou demonstrar o caráter normativo do ato impugnado bem como a sua manifesta inconstitucionalidade, salientando-se, na oportunidade, a premente necessidade de que fosse suspensa a sua eficácia até o julgamento final da ação. Distribuída a ação ao relator, o Exmo. Sr. Ministro **Sidney Sanches**, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 15 de dezembro de 1997, em votação unânime, deferiu a cautelar "para suspender, com eficácia

(\*) Trabalho concluído em 07.02.98.

(\*\*) O presente trabalho é dedicado ao ilustre Promotor de Justiça, Dr. *Romero Lallemand Lyra*, por sua marcante atuação na defesa dos superiores objetivos do Ministério Público.

*ex nunc*, até final julgamento da ação, a execução e aplicabilidade ... do segundo parágrafo do Aviso nº 227/97, da Corregedoria-Geral da Justiça, que estatui a ilegal nomeação de Promotor *ad hoc*.

3. Vamos, pois, para perfeito entendimento, à gênese dos fatos que originaram toda a celeuma. Determinado juiz, de comarca interiorana, alegando que "por causa de problemas familiares e de saúde, a ilustre Promotora Criminal vem se ausentando das audiências ou chegando atrasada", oficiou ao Sr. Presidente da Subseção da Ordem dos Advogados local, solicitando a indicação de nomes de "alguns advogados" para que, colaborando como o Poder Judiciário, pudessem servir no exercício da função de Promotor *ad hoc*.

A questão não ganharia maior repercussão e, certamente, encontraria, mais cedo ou mais tarde, solução prática e jurídica, não fosse o destaque que lhe foi emprestado pelo Sr. Desembargador Corregedor-Geral de Justiça, que houve por bem publicar, na íntegra, o malsinado despacho do Dr. Juiz, ocupando o expediente em questão quase uma página inteira do Diário Oficial de 18 de setembro de 1997 (pág. 24, da Parte III, do DOERJ).

Antes de examinar o aspecto estritamente jurídico que a nomeação de Promotor *ad hoc* enseja, há que merecer análise a decisão do Dr. Juiz que deu origem ao grave problema que atingiu, de perto e de forma tão grave e ofensiva, a Instituição do Ministério Público. Na manifestação jurisdicional em exame, o Dr. Juiz afirma que a ilustre Promotora de Justiça "vem se ausentando das audiências ou chegando atrasada", causando com tais fatos "um transtorno muito grande" ao funcionamento da Vara. Desde logo, incumbe fazer um severo reparo àquela decisão. É dever do juiz, ao fazer tão grave acusação a alguém, especificar os processos onde se deu a falta funcional, indicando, do mesmo passo, o número do feito em que o fato se efetivou. Não se imputa a alguém grave falta funcional, que pode acarretar sérias conseqüências para a Promotora de Justiça, com a alegação genérica que integra a decisão. Se até um réu, em processo criminal, tem direito de conhecer a imputação contra ele dirigida, de forma certa e determinada, que dizer da mera falta funcional de uma Promotora de Justiça? Não se quer afirmar, aqui, que os fatos não tenham ocorrido. Este é um problema a ser examinado pela Corregedoria do Ministério Público. Porém, o que se critica é a maneira vaga e indeterminada com que a gravíssima acusação foi tratada no despacho em questão.

Outra providência estranha tomada naquele despacho reside no fato de que não houve da parte do Dr. Juiz (ou se tal ocorreu, o expediente publicado no D.O. a ele não faz menção) qualquer comunicação prévia à Corregedoria do Ministério Público, e, muito menos, que se tenha tentado a substituição tabelar *ad hoc*, até que o problema ganhasse deslinde. Não! Optou o magistrado pelo esdrúxulo caminho de oficiar, desde logo, à Subseção da Ordem dos Advogados local, pedindo a indicação de nomes de alguns ad-

vogados para exercer a função de Promotor *ad hoc*, quando um simples *fax* à Corregedoria do Ministério Público acarretaria pronta resposta e imediata solução para o caso, apesar do brutal déficit existente no quadro de Promotores de Justiça de nosso Estado (há, no momento, perto de 100 vagas não preenchidas, apesar dos sucessivos concursos!).

Feitos tais reparos ao despacho que deu margem ao problema, é chegado o momento de examinar a questão de fundo, que se resolve com a resposta à seguinte indagação: é legal, à luz da Constituição Federal, a nomeação de Promotor *ad hoc*?

4. A Constituição Federal de 1988 erigiu o Ministério Público entre as Funções Essenciais à Justiça (Título IV, Capítulo IV, Seção I, arts. 127 a 130, destaque meu).

A questão ontológica que se põe repousa, unicamente, no conceito que o vocábulo **essencial** encerra.

Que é uma função essencial?

Pode ela ser postergada?

Vou, por primeiro, examinar o conceito de essência, partindo do esócio vernacular que o termo apresenta.

Ensinam os dicionários:

“Essência, *s.f.* O que constitui a natureza das coisas, substância...<sup>(1)</sup>

**Essencial**, *adj.* 2 *gên.* Indispensável, necessário...<sup>(2)</sup>

**Essência** [Do latim *essentia*] *s.f.* 1. Aquilo que constitui a natureza das coisas, substância... 5. O que constitui o cerne de um ser; natureza...<sup>(3)</sup>

**Essencial** [Do lat. *essentiale*]. *Adj.* 2 *gên.* 1. Relativo a essência. 3. Indispensável, necessário, importante. 4. O ponto mais importante; fundamental.<sup>(4)</sup>

Portanto, a simples análise do substantivo (essência) e do adjetivo (essencial), à luz do significado dos vocábulos, tal como ditam os dicionários e preleciona o léxico, está a demonstrar que aquilo que é essencial não

(1) Francisco da Silveira Bueno. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*, Ministério da Educação e Cultura, 9ª edição, 2ª tiragem, 1975, pág. 529.

(2) Francisco da Silveira Bueno. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*, Ministério da Educação e Cultura, 9ª edição, 2ª tiragem, 1975, pág. 529.

(3) Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª edição, Editora Nova Fronteira, pág. 574.

(4) Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª edição, Editora Nova Fronteira, pág. 574.

pode ser posto de lado. Por integrar a natureza das coisas, essencial é tudo aquilo que não pode ser dispensado, contrapondo-se, assim, àquilo que é accidental.

É por tal razão que o Ministério Público integra o Título IV da Constituição Federal que se ocupa da Organização dos Poderes, eles também essenciais à existência da União, vista como entidade de Direito Público interno, dotada de órgãos próprios, entre os quais se incluem seus Poderes Públicos (art. 2º, da Constituição Federal). Sem constituir um Poder, o Ministério Público recebeu da *Lex Legum* tratamento assemelhado ao deferido aos Poderes. Daí a sua essencialidade.

A obrigatoriedade da presença do Ministério Público no processo em que deva atuar tem, assim, o caráter de norma imperativa, de *ius cogens*, de maneira que não é lícito derogá-la, para nenhum fim, justamente porque a Lei Maior assim dispôs.

Pensar em contrário será assumir, quando da aplicação das normas jurídicas, uma posição filosófica utilitarista, imprimindo às normas um valor relativo, mesmo quando emanadas da própria Constituição. Com efeito, o sistema utilitário tende a negar que o direito tenha um fundamento absoluto, por identificar o justo com aquilo que momentaneamente é útil. Tal sistema, delineado em sua forma primitiva pela Escola Hedonista (fundada por Aristipo de Cirene) e desenvolvida de forma mais ampla por Epicuro, veio a encontrar grande acolhida na moderna filosofia inglesa, particularmente através do pensamento de Bentham, Stuart Mill, Darwin e Spencer.<sup>(5)</sup>

Bentham<sup>(6)</sup> chegou, mesmo, a reduzir o sentimento e o ideal de justiça ao mero cálculo individual de utilidade.

Nessa ordem de idéias, considerar o Ministério Público como função essencial à justiça, tal como o define a Constituição Federal, seria mera designação pomposa mas destituída de qualquer sentido teórico ou prático. Seria um verdadeiro *flatus vocis* da Lei Maior.

E foi dentro dessa equivocada ótica utilitária que agiu o Dr. Juiz. O Promotor de Justiça não pode comparecer à audiência? Não há problema. Nomeia-se um advogado para desempenhar suas funções e o processo tem andamento.

Mas não é bem isto o que diz a Constituição de 1988. Para a Lei Suprema a presença do Ministério Público é indispensável por tratar-se de função essencial à justiça.

<sup>(5)</sup> Giorgio del Vecchio, *Filosofia del Derecho*, Barcelona, 1953, pág. 511.

<sup>(6)</sup> Jeremias Bentham, *apud op. cit.*, in n° 05, pág. 513.

A questão é, pois, ontológica e não comporta, em caso algum, solução diversa, desde que se faça perfeita distinção entre aquilo que é acidental e aquilo que reveste caráter de essência.

Tal colocação do *thema*, por si só, seria prejudicial da análise de outros assuntos que a nomeação de Promotor *ad hoc* envolve. Porém, eles também serão aqui examinados, de maneira a ensejar, na medida do possível, uma análise mais ampla da matéria.

Cabe, por fim, uma indagação que, certamente, aguçará o espírito do homem prático: *quid iuris* se, por qualquer circunstância, ocorrer a ausência do Promotor de Justiça?

A resposta parece-me de rara singeleza. Além da substituição legal momentânea, incumbirá ao juiz oficial à Corregedoria do Ministério Público buscando solução para o problema. Quando uso o verbo oficial, é bom que fique claro que a comunicação, se urgente, se faça via *fax* ou por meio de telefone. Era o caminho simples, sem dúvida, que o Dr. Juiz deveria ter tomado no caso que originou o teratológico "Aviso" da Corregedoria-Geral da Justiça.

5. Como ficou assinalado, se consideramos a presença do Ministério Público nos processos como função essencial do Estado para a realização de justiça, nada mais precisará ser dito para afastar a sinistra figura processual do Promotor *ad hoc*. Porém, outras, muitas outras, questões podem ser postas em exame em relação ao assunto de maneira que fique demonstrado, de uma vez por todas, o seu banimento do nosso ordenamento jurídico.

6. Tomo por base, para tanto, a manifestação do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, de 30-10-97, pág. 31. Ali, em nota por mim redigida, destaquei os aspectos legais e doutrinários mais relevantes que impedem a nomeação de Promotor *ad hoc*.

O primeiro deles – e o mais óbvio de todos! – decorre de disposição emanada da Constituição Federal que estabelece em seu art. 129, parágrafo 2º, que as funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira.

A norma é cristalina, dispensando, por si só, exame mais acurado.

Bastaria dizer: *interpretatio cessat in claris*, locução latina tão adequada para a hermenêutica do dispositivo Constitucional invocado.

O preceito da Constituição Federal acarreta, de pronto, duas conseqüências processuais básicas. Elas foram postas em relevo em parecer do então Promotor de Justiça, Dr. Márcio Klang, e dizem respeito à ilegitimidade *ad causam* e *ad processum* do promotor *ad hoc* <sup>(7)</sup>, bem antes do advento da atual Constituição.

(7) Márcio Klang, parecer publicado na *Revista de Direitoda Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 08, 1978, pág. 128, item 09.

Como combater, então, a questão no campo estritamente processual?

Parece-me que a via processual adequada para o afastamento da esdrúxula figura seria a da exceção processual contemplada no art. 95, IV, do C.P.P., que trata da exceção de ilegitimidade de parte.

Haveria, ainda, maneira mais eficiente e rápida, através do trancamento da ação penal pela via sumária do *habeas corpus* (art. 648, VI, do C.P.P.), tendo em conta o mandamento legal insculpido no art. 564, II, do C.P.P.

É bom que fique registrado que o atual Corregedor-Geral da Justiça, muito antes da Constituição Federal de 1988, mais precisamente dez anos antes, quando Procurador de Justiça perante a 1ª Câmara Cível do II Tribunal de Alçada, já assinalara, em parecer prolatado na apelação cível de nº 13.568, originária de Parati, o seguinte:

(*omissis...*)

**“6. Nulidade Danosa à Ordem Constitucional:  
Nomeação de Promotor *ad hoc*.**

Nulo o processo, também, a partir da audiência de instrução e julgamento, de fls. 118/123, ainda que desprezada a prejudicial precedente. A caricatura, *d. venia*, de “Promotor *ad hoc*” está **definitivamente** banida da ordem constitucional, que prevê a forma de investidura dos membros do Ministério Público.

“Já se foram os tempos do império da Carta de 1937. Funcionou indevidamente um pretense “Promotor de Justiça *ad hoc*, e mesmo que legal fosse, para se argumentar – e pelo sabor da argumentação – persistiria a nulidade pela ausência do termo de investidura (fls. 118).

Trata-se de **nulidade absoluta**, não convalidada pela fala de fls. 140.

Nesse ponto subscrevemos as bem lançadas razões do ilustrado Promotor de Justiça de primeira instância (fls. 219/222 – destaques do autor do presente trabalho doutrinário)

Ass. Ellis Hermydio Figueira, em 19.9.78.”<sup>(8)</sup>

---

<sup>(8)</sup> Parecer publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, volume 08, 1978, págs. 101/102, item 06.

Como de fácil observação, após a vigência da Constituição Federal de 1988, o douto Corregedor-Geral da Justiça mudou, radicalmente, de posição doutrinária, não mais considerando “definitivamente banida da ordem constitucional” a figura *caricata* do Promotor *ad hoc*.

7. Mas não é só. Muito há, ainda, para ser dito. A figura herética do Promotor *ad hoc* viola frontalmente o princípio do promotor legal, afirmado pelo plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do histórico julgamento do *Habeas Corpus* de nº 67.759-2-RJ. Com efeito, o “promotor natural” é decorrência iniludível de três tópicos do tratamento que a Instituição do Ministério Público recebeu da Constituição Federal de 1988. O primeiro deles consiste na garantia da inamovibilidade dos seus membros (art. 128, parágrafo 5º, I, b); o outro assegura a independência funcional dos integrantes do *Parquet* (art. 127 parágrafo 1º); por fim, um terceiro, de caráter genérico, que versa a respeito da garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV), pelas implicações que guarda com o princípio do juiz natural.

Deste conjunto de normas exsurge que o membro do Ministério Público não pode ser afastado do exercício da sua função, salvo por motivo de interesse público (art. 38, II, da Lei nº 8.625, de 12.02.93), contemplando a lei apenas uma exceção ao princípio do Promotor Legal, quando assegura ao Procurador-Geral (e somente a ele), “por ato excepcional e fundamentado”, exercer as funções afetas a outro membro da Instituição, assim mesmo ficando obrigado a submeter, **previamente**, sua decisão ao Conselho Superior do Ministério Público (art. 10, IX, “g” da LONMP). Ora, se tal se dá em relação ao próprio Procurador-Geral de Justiça, que dizer da “autorização” dada por um estranho aos quadros do *Parquet* para exercer as funções ministeriais?

É preciso ter em conta que as garantias que cercam a Instituição têm por fim assegurar o devido processo legal, resguardando o cidadão de um acusador de encomenda, destituído de independência funcional. Para usar uma expressão muito em voga na atualidade, em que se discutem no Congresso Nacional a reforma administrativa e a reforma previdenciária, não se trata de privilégio do Ministério Público, mas, ao revés, de garantia do próprio cidadão.

Como bem assinalou o Superior Tribunal de Justiça, por sua Sexta Turma, em recente decisão (24-10-95), quando do julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança (nº 0005867), “o Promotor ou Procurador não pode ser designado sem obediência ao critério legal, a fim de garantir julgamento imparcial, isento. Veda-se, assim, a designação de Promotor ou Procurador *ad hoc*, no sentido de fixar prévia orientação, como seria odioso indicação singular de magistrado para processar e julgar alguém. Importante, fundamental é prefixar o critério de designação. O réu

tem direito público subjetivo de conhecer o órgão do Ministério Público, como ocorre com o Juízo Natural. <sup>(9)</sup>

Aliás, quando do pronunciamento do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça – RJ, resultou assinalado tal aspecto que a matéria envolve, ao dizer-se que todo cidadão dispõe de direito público subjetivo de conhecer, **previamente**, o órgão do Ministério Público que irá acusá-lo ou que oficiará no feito, até mesmo para impugná-lo pela via processual adequada.

Com efeito, poderá o imputado, através da exceção de suspeição, pugnar pelo afastamento do órgão do Ministério Público, nos exatos termos dos arts. 95, I, 104, 258 c/c 254, todos, do C.P.P. Aliás, as regras processuais em tela são normas perfeitas que, uma vez inobservadas, conduzem à nulidade absoluta do processo (art. 564, I, segunda parte do C.P.P.).

Por sinal, com maior abrangimento que a suspeição, seria o próprio impedimento argüido em relação ao membro do Ministério Público, por força do que dispõem os arts. 258 c/c 252 do C.P.P., uma vez que, ao contrário daquela, o impedimento apresenta natureza objetiva.

8. Outro ângulo a merecer registro toca de perto com a violação do princípio da inércia, inerente à jurisdição.

Na realidade, seria odioso para o magistrado indicar profissional da área jurídica com a finalidade de processar alguém ou mesmo para atuar como *custos legis*, violando, com tal procedimento, as funções institucionais do Ministério Público contidas no art. 129, I, da Constituição Federal. Na realidade, estaria o juiz comprometendo, seriamente, a sua imparcialidade, que o princípio da inércia da jurisdição tem por finalidade resguardar.

Como bem assinalam os professores **Geraldo Batista de Siqueira**, **Jorge Gabriel Moisés** e **Myrthes de Almeida Guerra Marques**, a indicação de Promotor *ad hoc*, no regime atual, estaria exumando, por via oblíqua, a ação penal *ex officio* <sup>(10)</sup>, criando, no mínimo, uma situação hilariante, caso o arremedo de Promotor viesse a requerer o arquivamento do inquérito policial. Em ocorrendo a discordância do juiz em relação à posição assumida pelo “promotor”, como o permite o art. 28 do C.P.P., como ficaria a posição do Procurador-Geral, uma vez que o ato impugnado se deu por profissional estranho ao *Parquet* e, portanto, não sujeito à sua fiscalização?

9. Mas prosseguir é preciso.

Parece-me que o exercício da Promotoria *ad hoc* revela-se incompatível com a atividade da advocacia, já que o advogado exerce ministério pri-

<sup>(9)</sup> “Jurisprudência Informatizada Saraiva”, (09) Juiz, pág. 01.

<sup>(10)</sup> **Geraldo Batista de Siqueira**, **Jorge Gabriel Moisés** e **Myrthes de Almeida Guerra Marques**, “Promotor *ad hoc* e o Princípio do Promotor Natural”, RT 690, pág. 409, Abril /1993.



vado (art. 2º parágrafo 1º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei nº 8.906, de 04.7.94), buscando decisão favorável ao seu constituinte (art. 2º, parágrafo 2º), não estando, *ipso facto*, a persecução criminal incluída na atividade da advocacia (art. 3º, parágrafo 1º).

Note-se que, mesmo nos crimes de ação privada, o advogado atua como representante judicial da parte e não como parte autora.

Portanto, no meu entendimento, não está o advogado legalmente obrigado a aceitar o múnus acusatório ou de fiscal da lei, por não lhe incumbirem tais funções estatais.

10. Porém, a questão pode assumir contornos mais graves. Refiro-me à prática do crime de usurpação de função pública, excogitado no art. 328 do C.P. Desde que o agente tenha plena consciência da ilegitimidade de sua conduta, sabendo, portanto, que está realizando um comportamento funcional que lhe é vedado, o crime estará consumado. Basta, para tanto, a prática de um ato processual, sendo irrelevante a reiteração dos diversos atos consequenciais do primeiro.

É de indagar: designador e designado estariam alcançados pela tipicidade?

Penso que a tipicidade alcançaria a ambos, tendo em conta a regra do art. 328 c/c 31, segunda parte, do C.P. É, no meu sentir, a melhor doutrina. <sup>(11)</sup>

**Geraldo de Batista Siqueira e outros**, em trabalho conjunto acima referido, chegam a vislumbrar na conduta do juiz a presença da agravante indicada no art. 62, II, segunda parte, do C.P. <sup>(12)</sup>

Penso, *data venia*, que a agravante, no caso, não encontra incidência, uma vez que o advogado dispõe de suficiente lucidez e conhecimento para não se deixar induzir pelo ato arbitrário do juiz. Caberá ao advogado, simplesmente, recusar a nomeação, pois que manifestamente ilegal, sem que sua conduta acarrete qualquer consequência para o causídico.

11. Além de ilegal a medida é, de todo, inconveniente, pois que retira do profissional liberal, que vive da sua nobre profissão, tempo valioso para o exercício de atividade que não lhe compete e com a qual não se encontra familiarizado. Pode, inclusive, originar sérias dificuldades para o profissional quando do exercício da advocacia no futuro, pois estará sustentando na defesa de seus clientes teses que se contrapõem ao que afirmara, antes, como “promotor”.

(11) Helio Telho Corrêa Filho, *apud op. cit.*, in nº 10, pág. 409.

(12) Geraldo Batista de Siqueira, Jorge Gabriel Moisés e Myrthes de Almeida Guerra Marques, *in op. cit.*, nº 10, pág. 409.

12. De tudo o que resultou exposto, algumas conclusões se fazem presentes. Cumpre enumerá-las:

a. O Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127, da C.F. de 1988) [4];

b. Em consequência, nas causas em que deva atuar ou intervir, sua presença é indispensável, pelo simples fato de ser essencial para a formação do devido processo legal [4];

c. A questão ontológica que se põe (itens, a e b) não comporta soluções práticas ou meramente utilitárias, que dispensem a presença do Ministério Público [4];

d. Em ocorrendo a falta do membro do Ministério Público, cabe ao juiz do processo comunicar o fato à Corregedoria da Instituição, que providenciará no sentido de dar solução para o caso, sem prejuízo, se possível, da adoção imediata dos critérios legais de substituição que orientam o *Parquet* [4];

e. Em hipótese alguma a substituição do Promotor (ou do Procurador) se dará por pessoa estranha aos integrantes da *carrière* [6];

f. Em ocorrendo a nomeação de Promotor *ad hoc*, haverá carência de ação, por manifesta ilegitimidade *ad causam*, caso a ação penal venha a ser proposta, ensejando a pronta rejeição da inicial (art. 43, III do C.P.P.) [6];

g. Caso o juiz não venha a rejeitar a exordial de acusação, nos termos do art. 43, III, do C.P.P., em razão da manifesta ilegitimidade da parte, pode o réu opor a exceção de ilegitimidade de parte (art. 95, IV, do C.P.P.) ou, ainda, adotar a via mais rápida, eficiente e sumária do *habeas corpus* (art. 648, VI, do C.P.P.), no objetivo de obter o trancamento da ação penal em razão do que dispõe o art. 564, II, da lei instrumental penal [6];

h. A nomeação de Promotor *ad hoc* ofende também e principalmente a Constituição Federal por afrontar o princípio do promotor legal, perfilhado na Lei das Leis (art. 128, parágrafo 5º, I, "b"), conforme afirmado pelo Pretório Excelso quando do histórico julgamento do *habeas corpus* de nº 67.759-2-RJ [7];

i. Em consequência do exposto (letra "h"), atinge outro princípio básico da Constituição Federal, ou seja, a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV) que resguarda o cidadão contra a ação de um acusador de encomenda, desamparado da garantia de independência funcional, própria dos membros do Ministério Público [7];

j. Todo cidadão dispõe de direito público subjetivo de conhecer, **previamente**, o órgão do Ministério Público que irá atuar no feito, até mesmo para impugná-lo através da exceção própria [7];

l. A providência em exame, odiosa sem dúvida, compromete definitivamente a imparcialidade do juiz, conferindo-lhe, por via reflexa, atividade típica de persecução criminal que lhe é vedada [8];

m. O exercício da Promotoria *ad hoc* é incompatível com o exercício da advocacia, pois ao advogado incumbe exercer ministério **privado**, buscando, sempre, obter decisão favorável para o seu constituinte (art. 2º da Lei nº 8.906, de 04.7.94), não constituindo, assim, atividade típica do exercício da advocacia a promoção da ação penal [9];

n. Em conseqüência, o advogado não está obrigado legalmente a aceitar o múnus de acusador ou, mesmo, de fiscal da lei [9];

o. A nomeação herética não se esgota no campo estritamente processual, assumindo aspectos que invadem, pelo menos em tese, a esfera penal. Refiro-me ao crime de usurpação de função pública, atingindo a tipicidade tanto o designador como o designado (art. 328 c/c 31, segunda parte, do C.P.) [10];

p. No plano da mera conveniência, aqui abordado, tão-somente, pelo sabor da argumentação, a providência só traz inconvenientes para o profissional liberal, acarretando-lhe indevido desgaste;

q. para rematar, o ato praticado por promotor *ad hoc*, como preleciona Mazzilli <sup>(13)</sup> "se insere na categoria dos atos inexistentes (embora o parágrafo único do art. 25 da Lei nº 8.625/93 mencione pena de nulidade do ato praticado)". Daí, a solução prática alvitrada no presente estudo para efeito de impugnação do anômalo despacho [6].

---

(13) **Hugo Nigro Mazzilli**. *Regime Jurídico do Ministério Público*, pág. 175, Editora Saraiva, 1993.

---

<sup>(\*\*\*)</sup> **Sergio Demoro Hamilton** é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro; Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Santa Úrsula, Professor Convidado da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - FEMPERJ; ex-Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis - RJ, ex-Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho - RJ e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.