

PODERES INSTRUTÓRIOS DO CURADOR ESPECIAL

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – A razão de existência do curador especial; 3 – O afastamento do ônus da impugnação especificada; 4 – Atividade instrutória do curador especial e dosagem do contraditório; 5 – Conclusões; 6 – Referências bibliográficas.

1. Introdução

Este trabalho tem como objetivo analisar a figura do curador especial no Direito Processual Civil e, tomando como base sua razão de existência e o papel desempenhado no processo, formular conclusões acerca da sua capacidade de produzir provas em benefício da pessoa ausente. Apesar de sua antiga existência, o curador especial (ou ‘curador à lide’) ainda simboliza para muitos uma enigmática figura processual. E esse desconhecimento tem ensejado graves violações do contraditório e da ampla defesa, inerentes à atividade instrutória promovida pelo Defensor Público.

Desde a entrada em vigor da Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994, tornou-se atribuição institucional da Defensoria Pública o exercício da função de curadoria especial, “nos casos previstos em lei.”¹ A referência é feita a diversas hipóteses estatuídas no Código de Processo Civil que ensejam a participação do Defensor Público como curador especial.

O art. 9º, II, do CPC, estabelece um comando para o juiz, que dará curador especial ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.² Trata-se de **regra protetiva do sujeito incapaz processualmente (e não materialmente)³, em posição de fragilidade defensiva ocasionada pela citação ficta.**

Apesar da clareza do texto legal e da intenção do legislador, inúmeras vezes em que a Defensoria Pública é intimada para apresentar defesa do réu ausente (nos referimos à pessoa citada por edital ou com hora certa), a mesma encontra dificuldade para sustentação

¹ A Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, estabelece em seu artigo 4º, XIV, que são funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras, “exercer a curadoria especial”, nos casos previstos em lei.

² Importante ressaltar que **as hipóteses de intervenção do curador especial não abrangem as modalidades de tutela e curatela previstas no ordenamento civil material**, Título IV, do Livro IV, do Código Civil, arts. 1.728 a 1.783.

³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*, p. 229.

posterior de sua tese defensiva, porque o órgão de atuação não consegue produzir prova adequada para corroborar sua argumentação.

Sistematicamente os Defensores Públicos, atuando no exercício da curadoria especial, vêm negado seu direito à realização da prova pretendida (via de regra, prova técnica que demanda a participação de perito judicial), devido a um raciocínio equivocados a respeito da função exercida.

Há juízes que supõem, em detrimento da lei, que a defesa do ausente consiste em ato processual meramente simbólico ou, dizendo em outras palavras, uma verdadeira retórica legislativa se comparada com a defesa da pessoa economicamente carente (presente), esta função considerada ‘típica’ da Defensoria Pública. Com base numa errônea premissa, limitam a amplitude do contraditório, ao obstar a produção de prova necessária para confirmação das teses sustentadas na petição de defesa.

2. A razão da existência do curador especial

O curador especial é um **representante judicial da parte**⁴, cuja participação “decorre da necessidade de efetivar-se o contraditório nos processos em que o réu tenha sido citado por edital e nas demais hipóteses do art. 9º, art. 218, § 2º e 3º, art. 302, parágrafo único, art. 1.042, art. 1.179 e art. 1.182, § 1º, todos do Código de Processo Civil”.⁵ Trata-se de exercício da denominada ‘**função atípica**’ do **Defensor Público**⁶, eis que o órgão estatal estaria atuando em prol de uma pessoa **juridicamente hipossuficiente** e não economicamente desvalida.

O CPC e a Lei Complementar Federal nº 80/94 atribuem ao órgão público independente uma função de interesse público consistente na defesa plena da parte que não tem ciência da pretensão alheia formulada na demanda. Nesse sentido sustentou o Ministro Athos Gusmão Carneiro, para quem

⁴ O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “O curador especial quando opõe embargos à execução na defesa de réu revel atua como *substituto processual*, sujeitando-se também aos deveres e sanções impostos pelos arts. 14 a 18 do CPC.” (REsp 622366/RJ, Relatora Ministra Nancy Andriighi, julgamento em 21.06.2005).

⁵ ALVES, Cléber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública*, p. 125.

⁶ Sobre as funções típicas e atípicas do Defensor Público, conferir CARVALHO, Leandro Coelho de. As atribuições da Defensoria Pública sob a ótica do acesso à ordem jurídica justa. *Revista de Processo*, v. 33, p. 216-218.

o curador ‘ad litem’ representa com plenitude a parte (quer demandante, quer demandada), considerada merecedora de especial tutela jurídica, cabendo-lhe impugnar as decisões judiciais tanto mediante recursos, como utilizando ações autônomas de impugnação, tais como o mandado de segurança contra ato judicial.⁷

O Estado, portanto, assumiu expressamente, através da regra contida no art. 9º, II, do CPC, a obrigação de tutelar a pessoa passível de ser surpreendida num processo, com possibilidade de prolação de sentença sem participação em contraditório.⁸

Vale lembrar que o legislador, em momento algum, desejou promover, através da figura do curador especial, a tutela dos interesses da pessoa carente, pelo simples fato de que, sendo o réu ausente, não é possível mensurar sua capacidade financeira. Ratificando tal particularidade, o Conselho Superior da Defensoria Pública da União editou, em junho de 2009, a resolução nº 32, segundo a qual **‘o exercício da curadoria especial não depende de considerações sobre a necessidade econômica do seu beneficiário.’**

Enfim, o exercício da curadoria especial constitui **atividade pública de defesa compulsória** e o Defensor Público deve sempre controverter os fatos narrados na petição inicial, sendo nulo o processo, por cerceamento de defesa, em que o curador especial concorda com a pretensão aduzida contra o réu revel citado fictamente.⁹

3. O afastamento do ônus da impugnação especificada

O art. 302, parágrafo único, do CPC isenta o curador especial do chamado ‘ônus da impugnação especificada dos fatos’, encargo processual que recai sobre o réu, para

⁷ STJ, RMS nº 1.768/RJ, Quarta Turma, Relator Ministro Athos Gusmão Carneiro, julgamento em 22.03.1993. À época do julgamento, o então Subprocurador Geral da República, Dr. João Henrique Serra Azul, frisou em seu parecer que “A legitimidade interventiva (do curador especial, no caso Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro) se justifica a fim de **garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório sendo pois a mais ampla possível, estendendo-se a casos como o presente no qual o curador especial utiliza-se de uma ação para efetuar a sua defesa.**”

⁸ “O réu revel, citado por edital ou hora certa, a quem foi nomeado curador especial, faz jus aos benefícios da assistência judiciária, previstos na Lei 1.060/50, por ser considerado necessitado para os fins legais, nos termos da Lei Complementar nº 80/1994. **Não é considerado necessitado economicamente, mas necessitado de provimento jurisdicional justo, onde lhe sejam assegurados os direitos à ampla defesa e contraditório, já que, vigora em seu favor a presunção de que não tomou conhecimento da ação.**” (TJMG, Apelação Cível nº 1.0079.01.002437-4/001, Relator Desembargador Mota e Silva, julgamento em 11.08.2009).

⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*, p. 353.

que se manifeste “precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial”, sob pena de presunção de veracidade dos pontos não controvertidos.

O legislador facultou ao curador especial o oferecimento de uma defesa ‘genérica’ ou por ‘negativa geral’. Nesse caso admite-se refutar as alegações iniciais em termos superficiais, pela inexistência de contato pessoal do Defensor Público com a parte beneficiária, fato que necessariamente limita as possibilidades de argumentação fática.

Contudo, é fundamental compreender que a referida regra contida no art. 302 jamais simbolizou uma autorização legal para descaso do Defensor Público. Queremos dizer que **o ato de defesa do réu revel citado fictamente não pode ser interpretado como intervenção puramente mecânica da Defensoria Pública, visando tão somente o afastamento dos efeitos da revelia.** Muito pelo contrário.

O exercício da curadoria especial do ausente exige do agente público atenção redobrada com a documentação juntada e com a atividade das partes (incluindo a atuação judicial), já que a ausência do beneficiário não impede que as questões processuais e certas questões de direito material possam ser amplamente analisadas.

Ao curador especial compete fiscalizar, por exemplo, a presença das condições da ação e dos pressupostos processuais, a regularidade da citação, a obediência ao princípio constitucional da motivação das decisões jurisdicionais (matéria processual) e a legalidade de cláusulas contratuais (matéria de Direito Civil). O enunciado número 196 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça corrobora nossa argumentação ao dispor que “Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos.” Sabe-se que os embargos do devedor, que possuem natureza de ação, ensejam cognição plena, possibilitando a discussão ampla de qualquer matéria que poderia ser alegada em processo de conhecimento.

Desta feita, **não existe qualquer fundamento jurídico para subalternizar a defesa prestada pelo curador especial**, criando um tratamento díspar para com o Defensor Público, caso ele atue em prol da pessoa presente ou ausente. A lei processual não faz distinção nesse sentido.

4. Atividade instrutória do curador especial e a dosagem do contraditório

Quando um órgão julgador afirma nos autos que “O réu não está sob o pálio da gratuidade e o Estado não tem obrigação de custear perícia para quem é revel citado por edital”, ele demonstra absoluto desconhecimento da função do curador especial e da própria legislação processual. E tal postura tem servido como justificativa para **dosagem do contraditório baseada num juízo de conveniência, concebendo-se a adoção de um contraditório parcial ou fracionado**. No exemplo mencionado, em que o juiz nega a produção de prova técnica em favor do ausente, estamos diante de uma situação em que o curador especial deve oferecer defesa (por tratar-se de um múnus público), todavia não pode produzir prova das suas alegações.

Entendemos flagrantemente ilegal a dosagem do contraditório conforme o ‘prudente arbítrio do juiz’. O exercício limitado da garantia fundamental, às vezes sutil, frustra o objetivo constitucional, pois a dialética processual só pode ser vista sob o enfoque da plenitude ou da deficiência gravosa. A nosso ver, existe respeito ao contraditório ou não: impossível meio termo. **O contraditório é princípio reitor do Processo Civil “e não atributo consentido e dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de conveniência ou de discricionariedade do julgador.”¹⁰**

Não é possível vislumbrar o contraditório efetivo no Direito Processual sem o amplo poder de produzir prova. Certamente a lei não consagrou a figura do curador especial para finalidade meramente ilustrativa. Nesse sentido manifestou-se recentemente o Desembargador Mota e Silva do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Se o curador especial ficar tolhido de produzir a prova que entende por necessária ou de aviar recurso que entende por necessário para assegurar os direitos constitucionais do réu, de ampla defesa e contraditório, por ausência de antecipação das despesas ou custas processuais, não haveria motivo ou mesmo lógica para a existência de tal figura. Bastaria que fossem impostos os efeitos da revelia.¹¹

¹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, p. 52.

¹¹ TJMG, Apelação Cível nº 1.0079.01.002437-4/001, Relator Desembargador Mota e Silva, j. 11.08.2009. Em decisão irreparável, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul endossou a tese ora esposada: “Estando preso aquele que contesta o pedido, é obrigatória a nomeação de curador especial (CPC,9,II), que deve participar da produção das provas, que não podem ser dispensadas pelo juiz. Processo anulado.” (TJRS, Apelação Cível nº 70000114827, Relator Desembargador Wilson Carlos Rodycz, julgamento em 11.05.2000)

Um dos mais respeitados processualistas italianos, Luigi Paolo Comoglio, ao tratar dos poderes probatórios das partes, sob a ótica constitucional, afirmou que **as relações entre as partes e o juiz, na instrução da causa, “representam o ponto nevrálgico de qualquer modelo processual, constituindo uma relevante fonte de prova de sua eficiência.** Elas representam também um terreno de delicada verificação da efetividade das garantias constitucionais inerentes ao processo.”¹²

Voltamos à lição de Leandro de Carvalho, segundo o qual o curador especial existe para segurar a paridade de armas (*par conditio*). E nos parece que esse equilíbrio só é alcançado quando a parte está, de fato, “em condições de poder influenciar a decisão do magistrado”¹³.

Revela-se, portanto, falacioso qualquer argumento que impeça a produção de prova pericial pelo curador especial, baseado em problema logístico do Judiciário, como por exemplo, a escassez de peritos dispostos a trabalhar em prol da pessoa que goza dos benefícios da assistência judiciária. Este é um ônus que não pode ser arbitrariamente transferido para as partes, isentando o julgador da tarefa de assegurar a igualdade de oportunidades no processo (CPC, art. 125, I).

No ano de 2004 a questão foi levada à apreciação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o Desembargador Alberto Vilas Boas consignou que

o fato de o Curador Especial haver solicitado a produção da prova pericial (qualificada como essencial pelo próprio magistrado) não autoriza a dizer que não possa ser realizada mediante a cooperação do profissional cadastrado no juízo ou mediante requisição ao Estado. **Sim, porque, se a lei**

¹² Tradução livre da seguinte afirmação: “*I rapporti fra le parti e il giudice, nell’istruzione della causa, rappresentano il nodo nevrálgico di qualsiasi modello processuale, costituendo un attendibile banco di prova della sua efficienza. Ma essi rappresentano, pure, un terreno di delicata verifica per l’effettività delle garanzie costituzionali attinenti al processo (...).*” COMOGLIO, Paolo Luigi. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, v. 90, p. 120.

¹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Curso de direito processual civil*. V. I. 6ª ed. Salvador: Jus Podium, 2006, p. 65. **A garantia do contraditório, ensina o professor José Lebre de Freitas, concretiza-se “mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a *defesa*, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a *influência*, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo.”** (LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*, p. 96-97).

deseja outorgar ao réu citado por edital uma defesa efetiva e ampla, nada obsta que o requerimento feito pelo Curador Especial seja atendido nos termos acima expostos, porquanto a prova é considerada relevante para a solução da lide.

E concluiu:

Recusar a produção da prova somente porque o réu foi citado por edital e não compareceu significaria atentar contra o espírito do instituto da curadoria especial mencionada no art. 9º, CPC, motivo pelo qual deverá o julgador adotar as providências que estiverem ao seu alcance e efetivar a realização da produção da prova pericial. Ou seja, como a lei não pode obrigar o expert a atuar para receber apenas ao final da demanda pela parte vencida, cabe ao juiz indagar se este aceita laborar de forma graciosa e receber ao final da parte vencida, ou, ainda, que se requisite do Estado ou do conselho profissional respectivo (art. 14 da Lei n. 1.060/50, por analogia) a indicação de profissional para a efetivação da prova pericial contábil reclamada.¹⁴

Há ainda um ponto digno de menção: se o juiz, ao dar início à fase instrutória, abre vista às partes para especificação de provas e, logo após, sentencia de plano (suprimindo abertamente a etapa procedimental) ou, conforme a hipótese trazida para análise, rejeita a diligência requerida, com base em argumentos não jurídicos ou de caráter personalista (segundo seu ‘prudente arbítrio’), viola não apenas o contraditório, mas também a boa-fé e o dever de cooperação¹⁵ imprescindíveis à fluência da atividade processual. Profere a denominada decisão-surpresa, espécie inconstitucional de provimento judicial que corresponde, na prática, a um verdadeiro monólogo judiciário.¹⁶

5. Conclusões

Ante os argumentos apresentados neste texto, formulamos as seguintes conclusões pertinentes à figura processual do curador especial:

¹⁴ TJMG, Agravo de Instrumento nº 449.863-3, julgamento em 01.06.2004.

¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 77.

¹⁶ O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em acórdão proferido no ano de 2002, decidiu: “O princípio do contraditório, enquanto princípio reitor do processo civil, exige que se dê a cada uma das partes a possibilidade de –‘ deduzir as suas razões (de facto e de direito)’ , de ‘oferecer as suas provas’, de ‘controlar as provas do adversário’ e de ‘discretar sobre o valor e resultados de umas e outras’. Pondo o enfoque no plano das questões de direito, a norma proíbe as decisões-surpresa, isto é, as decisões baseadas ‘em fundamento que não tenha sido previamente considerado pelas partes’. Proibição, pois, das decisões-surpresa, enquanto violadoras do princípio do contraditório, conforme este Supremo Tribunal tem tido oportunidade de decidir.” (Acórdão nº SJ200210150024781, Relator Ferreira Ramos, julgamento em 15.10.2002, disponível em <http://www.stj.pt>, acesso em 17.05.2009).

1) A citação ficta proporciona situação de grave fragilidade defensiva para a parte ré, motivo que ensejou a previsão legal contida no art. 9º, II, do CPC, figurando o curador especial como representante judicial da parte ausente;

2) O réu citado fictamente não é considerado necessitado economicamente, mas ‘necessitado de provimento jurisdicional justo’, no qual lhe sejam assegurados os direitos à ampla defesa e ao contraditório, pois milita em seu favor a presunção de que não tomou conhecimento da ação;

3) O afastamento do ônus da impugnação especificada, previsto no art. 302, parágrafo único, do CPC, outorga ao Defensor Público mera faculdade de oferecer defesa em termos genéricos. A regra é fiscalizar com amplitude a atividade da parte contrária e do juiz na condução do processo;

4) A defesa do réu ausente, atividade compulsória do Defensor Público, concede ao curador especial rigorosamente os mesmos poderes instrutórios, se comparada com a defesa da pessoa presente. Nesse sentido, não pode sofrer limitação baseada no equivocado raciocínio de que a defesa do réu ausente é mero formalismo destinado a afastar os efeitos da revelia;

5) O Estado é obrigado a custear as despesas da prova pericial, quando requerida pelo curador especial, sob pena de esvaziar o conteúdo da norma prevista no art. 9º, II, do CPC;

6) Se o juiz, após receber a petição de defesa, negar a produção de prova oportunamente requerida, com base em suposta limitação do poder instrutório do curador especial, estará dosando o exercício do contraditório, que corresponde à violação literal do princípio da *par conditio*;

7) Profere decisão-surpresa, faltando com a boa-fé e o dever de cooperação o juiz que, num dado momento, oportuniza à parte a produção de prova e, no momento seguinte, profere julgamento desconsiderando a pretensão instrutória do litigante.

6. Referências bibliográficas

CARVALHO, Leandro Coelho de. As atribuições da Defensoria Pública sob a ótica do acesso à ordem jurídica justa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 156, fev. 2008.

_____. A Defensoria Pública e as peculiaridades de sua atuação processual. Texto pendente de publicação.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 90, abr./jun. 1998.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Curso de direito processual civil*. V. 1. 6ª ed. Salvador: Jus Podium, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.