

Reflexões sobre o exercício da Curadoria no Processo Penal

SERGIO DEMORO HAMILTON *

1 - A figura do curador no processo penal apresenta-se aos olhos do intérprete da lei sob diversos aspectos. A primeira modalidade, por sinal a de mais comum incidência, está ligada ao curador do indiciado ou do réu menor. É neste sentido que a lei processual básica trata do tema nos arts. 15 e 194. De outra feita, a lei instrumental penal volta-se para o assunto no incidente da insanidade mental do acusado, cuidando, agora, da dúvida surgida, no curso do processo ou mesmo do inquérito, sobre a integridade mental do imputado (ou do indiciado), com os inevitáveis reflexos, daí advindos, envolvendo a eventual inimputabilidade do acusado (arts. 149 § 2º e 151 do CPP). Há, também, uma terceira intervenção do chamado curador especial (art. 33 do CPP) atuando, aqui, segundo a lição de Tourinho, como verdadeiro substituto processual⁽¹⁾. Nessa última forma de atuação o curador especial atua no pólo ativo da relação processual ao contrário do que se dá nas duas primeiras maneiras de intervenção do curador onde sua presença está voltada para tutelar os interesses do réu.

2 - Cabe-me, por primeiro, examinar a curadoria do indiciado ou do réu menor, justamente aquela que, na prática, surge com maior freqüência no dia-a-dia forense.

Na fase pré-processual deve o curador atuar no inquérito policial (art. 15 do CPP) e no auto de prisão flagrante (art. 8º do CPP), este, por sinal, um inquérito policial que se inicia pela prisão do indiciado, por tal razão chamado de *notitia criminis* coativa. Velho julgado do Supremo Tribunal Federal afirmava que constitui nulidade a ausência de curador ao réu (*sic*) menor, no inquérito policial⁽²⁾. É evidente que tal entendimento jurisprudencial não poderia substituir por desafiar o próprio texto legal que regula a espécie no Código de Processo Penal. Na verdade, o art. 15 da lei processual apresenta-se à luz do intérprete como uma norma imperfeita, já que revestida de preceito mas destituída de sanção. Basta, para tanto, examinar o disposto no art. 564, inciso III, letra "c" do código instrumental penal para que se constate, com facilidade, que a nulidade a que se refere o texto da lei alude à figura do réu, não fazendo qualquer referência ao indiciado. E assim há de ser, pois que as irregularidades acaso ocorridas na fase procedimental, em regra, não contaminam a ação penal, principalmente em se tratando da prova oral, normalmente repetida, sob o crivo do contraditório, quando do desenvolvimento do processo penal. O Pretório Maior, atualmente, já firmou entendimento no sentido de que o vício do inquérito policial não anula a ação penal, por tratar-se aquele procedimento pro-

secutório com caráter administrativo de mera peça de informação. ⁽³⁾ Com o devido respeito pela mais elevada Corte de Justiça do País, gostaria de ponderar que a afirmação, no que respeita ao curador do indiciado, ou ainda em relação à prova oral *in genere*, abrangendo testemunhas e ofendido, merece integral acatamento. Porém, o mesmo não pode ser dito quando em jogo a prova técnica, visto que esta nem sempre poderá ser repetida, acarretando, assim, o vício nela contido, eventualmente, nulidade para o processo. Porém, no que respeita à omissão de nomeação de curador para o indiciado menor não ocorrerá qualquer nulidade para a ação. Estaremos diante de mera irregularidade ou irritualidade do ato. E só. Trata-se, sem dúvida, de omissão deplorável da parte da autoridade policial, mas que, nem por isso, contamina a instância.

A omissão apresenta singularidade quando se tratar da prisão em flagrante do indiciado. Também aqui, a falta não acarreta nulidade do processo mas traz, sem dúvida, conseqüências práticas para a validade do auto respectivo, eis que em matéria de prisão *forma dat esse rei*. Em outras palavras: a prisão, sempre e sempre, há que ocorrer nos casos em que a lei contempla assim como na forma prescrita pelo direito positivo. Em síntese: a prisão, seja ela qual for, se dará, em qualquer caso, *secundum legem*. Colocada a questão nestes exatos termos, segue-se que a violação do art. 15 do Código de Processo Penal trará como conseqüência constrangimento ilegal para o indiciado, devendo ser relaxada. Cumpre registrar, no entanto, que, embora ocorrida a irregularidade, nada impede que o auto de prisão em flagrante venha a subsistir como peça de informação para o ajuizamento da ação penal por parte do Ministério Público ou do querelante. É curioso assinalar que no processo criminal anteriormente vigente no Distrito Federal, ao tempo da pluralidade processual, a polícia só era obrigada a nomear curador ao indiciado menor quando respondesse por prática contravencional, à vista do que dispunha o art. 491 § 2º, *in fine* do Código de 1924⁽⁴⁾. O Código em vigor não faz qualquer distinção, qual se lê do art. 15. Observando-se, ainda, os arts. 6º, V e 304, *caput*, do CPP, chega-se à conclusão de que no interrogatório policial devem ser observadas as formalidades do interrogatório prestado em juízo, com o acréscimo contido na parte final do inciso V do art. 6º do CPP, que ordena seja o termo respectivo “assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura”. A lei, na realidade, pretendeu dizer, quero crer, duas testemunhas que tenham assistido ao ato. Só assim tem sentido a intervenção das testemunhas instrumentais. Será desnecessário acrescentar que o curador deverá assinar o auto de prisão de flagrante ou o termo do interrogatório, juntamente com o indiciado, atestando, dessa forma, sua *efetiva* presença ao ato. Embora presente ao interrogatório, o curador não intervém na sua realização, cabendo somente à autoridade policial ouvir o indiciado. A presença do curador, no entanto, torna-se indispensável para acautelar os interesses do indiciado menor, cabendo-lhe denunciar à autoridade judicial ou ao Ministério Público qualquer ilegalidade ou abuso de poder praticado em detrimento do indiciado. Com o advento da Constituição de 1988, que assegurou ao preso a assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII), torna-se necessário que, no caso de prisão, o indiciado seja, desde logo, assistido por curador-advogado. Em se tratando de indiciado solto tal não se dá, embora, por razões óbvias, seja conveniente que sempre o curador tenha habilitação técnica. Basta, quan-

do se tratar de indiciado solto, que o curador seja alguém *sui juris*, pois na fase do inquérito policial não há qualquer acusação formal *contra* o indiciado; naquele momento ele, indiciado, é, apenas e tão-somente, objeto de investigação. Aliás, a expressão “objeto de investigação” precisa ser bem entendida. Costuma-se afirmar que o indiciado não é sujeito de direitos mas mero objeto de investigação no curso do inquérito policial. É verdadeira tal alegação desde que entendida que ela se relacione, exclusivamente, com os atos de investigação, pois o indiciado, dada a natureza inquisitiva do inquérito policial, não pode opor-se à persecução criminal (nem está obrigado a com ela cooperar, entenda-se bem). Porém, sujeito de direitos ele, como qualquer pessoa, sempre será, desde que a autoridade policial contra ele pratique abuso de poder ou ocorra ainda qualquer ilegalidade na fase investigatória preliminar, como à guisa de exemplo, quando a autoridade policial, arbitrariamente, deixar de conceder fiança em favor do indiciado que a ela faz jus.

Vale assinalar, ainda, que jamais poderá figurar como curador do indiciado agente da autoridade que preside o inquérito ou o flagrante. A observação, que me parece óbvia, tem sua razão de ser, pois que, no Rio de Janeiro, é fato corriqueiro a nomeação de detetive para servir como curador de menor.

3 - Antes de examinar a situação do réu menor, parece-me que é chegado o momento de indagar: por que a lei exige a presença do curador assistindo ao menor (indiciado ou réu)? A providência legal tem por fim suprir a relativa incapacidade do menor, já imputável penalmente (art. 27 do CP), mas ainda incapaz perante a lei civil (art. 6º, inciso I do Código Civil). A disposição contida nos arts. 15 e 194 do CPP trata, assim, do menor de 21 anos e maior de 18 anos. A maioridade penal surgirá a partir do primeiro momento em que o sujeito completar dezoito anos, de acordo com o art. 10, proêmio, do Código Penal, não cogitando a lei penal da hora em que se dará a maioridade.

Porém, em relação ao processo, há necessidade de distinguir a situação do menor que, no curso da ação penal, atingiu a maioridade civil. Suponha-se que alguém pratique uma infração penal contando, na época do fato, 20 anos de idade mas que só venha ser interrogado em juízo quando já completou 22 anos. É evidente que, quando do interrogatório, o juiz estará dispensado de nomear curador, pois estará diante de um réu maior, pouco importando fosse menor quando da prática da infração penal. Se, como assinalou o Pretório Excelso, a função do curador consiste em “complementar a vontade do réu, relativamente incapaz, para decidir sozinho sobre os seus próprios atos”⁽⁶⁾, torna-se evidente que, atingida a maioridade, desaparece a razão da assistência do curador. É que a norma processual guarda relação com os atos processuais, não se vinculando ao ato delitivo.

4 - A curadoria do réu, prevista no artigo 194 do CPP, assume aspecto mais delicado, pois, neste momento, já existe ação penal movida contra o imputado, passando ele a ser sujeito de direitos processuais, ao resistir à pretensão punitiva estatal.

Dispõe o aludido dispositivo que se o acusado for menor, proceder-se-á ao interrogatório na presença de curador. O texto legal em exame apresenta-se mais com-

pleto que aqueloutro do art. 15 do mesmo Código onde há alusão apenas à nomeação de curador pela autoridade policial, sem referência à efetiva presença do curador. Mas cumpre ponderar que a presença do curador é inafastável também na fase do inquérito policial, pois em caso contrário não haveria verdadeiro exercício da curadoria aconselhando e protegendo o menor. Seria uma bravata do legislador destituída de sentido, ao instituir um curador de fancaria.

Na fase processual o curador terá que ser, necessariamente, um advogado, pois, como já registrado, encontra-se em curso uma ação penal contra o réu. O curador deverá ser o próprio advogado do réu ou, se ele não estiver presente ao ato do interrogatório, caberá ao juiz do processo nomear-lhe um curador *ad hoc*. A presença do curador ficará autenticada com a sua assinatura ao pé do ato, não bastando a simples referência à sua presença. Impõe-se o registro de que curador e o advogado são uma só pessoa atuando em favor do menor. Não tem sentido a nomeação de curador e advogado para o menor. O defensor dativo ou constituído do réu servirá, ao mesmo tempo, como curador do imputado menor. Analisando a matéria, Tourinho⁽⁶⁾ mostra, com argumentos irrespondíveis, a desnecessidade da nomeação de curador e advogado para o menor, retirando da própria lei a exegese correta que o tema exige. Com efeito, salienta aquele eminente processualista que o art. 261 do CPP “fala da necessidade de o imputado ter defensor, ainda que ausente ou foragido”. Logo em seguida, no art. 262, o legislador acrescentou: “ao acusado menor dar-se-á curador”. E completa seu raciocínio assinalando que o art. 449, de acordo com outros dois dispositivos e com eles guardando consonância, registra: “apregoadado o réu, e comparecendo, perguntar-lhe-á o juiz o nome, a idade e se tem advogado, nomeando-lhe curador se for menor e não tiver, e defensor, se maior. O texto, como assinala o festejado mestre, “é de uma clareza de doer nos olhos”. Gostaria de acrescentar uma observação que me parece justificar a posição assumida pelo legislador: é que a unidade na linha de defesa exige que ela seja conduzida por uma só pessoa, o que não se daria se defensor e curador fossem pessoas distintas, podendo assumir até posições contraditórias. Acabariam, ambas, inclusive, por prejudicar o menor, frustrando, com sua atuação, o real objetivo da lei que tem em mira, justamente, tutelar os interesses do réu menor no processo. Dessa forma, a duplicidade de defesas, por falta de coerência e harmonia, poderia vir a acarretar prejuízo para o menor, ao invés de beneficiá-lo.

O curador do réu não participa do interrogatório. Cabe-lhe estar presente ao ato, autenticando sua presença com a assinatura aposta na assentada respectiva. Ele exerce a fiscalização do ato, cabendo-lhe aconselhar o menor, denunciando, nos autos, qualquer ilegalidade ou abuso de poder acaso praticado quando do interrogatório. Para tal fim, tomará todas as providências que o caso concreto exigir. A posição do curador consiste, assim, na fiscalização do ato, tal como ocorre com a presença do Ministério Público quando do interrogatório (art. 394 do CPP). O curador, nesse ponto, não dispõe de maiores regalias que o advogado do réu maior. Aliás, o Código de Processo Penal, expressamente, veda ao defensor do acusado intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas (art. 187) por ocasião do interrogatório, seja o réu menor ou não. A lei não faz distinção.

A regra constante do art. 194 do CPP exsurge como uma norma perfeita, pois, ao lado do preceito nela contido, existe a sanção decorrente da sua inobservância, qual se colhe da leitura do art. 564, inciso III, letra "c" da lei instrumental penal básica, que fulmina com a nulidade, a falta de nomeação de curador ao réu menor, sujeitando-se, porém, a declaração de nulidade às normas gerais dos arts. 563 e 566 do CPP, que servem de norte para a declaração de qualquer nulidade, partindo do princípio de que a norma processual não se apresenta, jamais, como um fim em si mesmo, revestindo sempre o caráter instrumental, garantidor, no caso, da correta aplicação da lei penal material.

A Súmula 352 do STF veio trazer esclarecimento na interpretação da lei, buscando explicar a posição do defensor dativo. Com efeito, o enunciado daquela Súmula estabelece que "não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo". Gostaria de acrescentar que, dativo ou constituído, desde que presente ao ato, o defensor do réu, não há razão para a declaração de nulidade, sendo mesmo aconselhável e, mais que isso, certo, que defensor e curador sejam uma só pessoa, como antes observado.

Interessante questão é a que envolve a atuação do curador em outros atos de que participe, pessoalmente, o réu menor. Normalmente, o assunto tem sido abordado em relação ao interrogatório, em razão da existência do texto expresso da lei processual (art. 194 do CPP). Porém, não se exaure aí a presença do curador na defesa dos interesses do menor, suprimindo sua relativa incapacidade. Ele, curador, deverá estar presente a qualquer ato de que participe o réu, tal como ocorre com a acareação ou o reconhecimento de pessoa. Sua atuação será, tal como ocorre com o interrogatório, a de fiscalização do ato e de aconselhamento ao menor, sem, no entanto, participar da providência processual de forma direta, devendo assinar o auto respectivo de maneira a documentar sua presença. Em razão disso poderá argüir eventual ilegalidade ou abuso de poder, tomando, a partir de então, as providências legais que o caso exigir.

A idade do menor precisa estar provada nos autos através da competente certidão de nascimento, isto é, de acordo com a lei civil, tal como determinado pela lei processual penal (art. 155 do CPP). Não basta ao réu, para invocar a nulidade por inobservância do preceito contido no art. 194 do CPP, limitar-se à afirmação de que é menor. Idade não se alega; prova-se. E a prova, iniludivelmente, é a da lei civil. Diga-se o mesmo quando o indiciado, ainda na fase pré-processual, pretender alegar irregularidade decorrente da omissão no cumprimento ao art. 15 do CPP. A liberdade, no caso de prisão em flagrante, só poderá ser concedida se provada a menoridade alegada na forma exigida pela lei instrumental penal (art. 155 do CPP).

Outra observação que se impõe, relaciona-se com a mentira perpetrada pelo réu buscando criar nulidade. Melhor dizendo: se o réu mente, dizendo-se maior quando do interrogatório, não poderá, após, invocar a nulidade do ato, valendo-se da própria torpeza. Veda-o o princípio da lealdade processual inscrito no art. 565 do CPP, segundo o qual ninguém poderá alegar nulidade a que haja dado causa. O Pretório Excelso, apreciando a hipótese, decidiu que a alegação falsa de maioridade por oca-

sião do interrogatório, acarretando, por via de consequência, a ausência de curador, não tem efeito de anular a ação penal⁽⁷⁾. Outra, aliás, não poderia ser a solução da lei em face do princípio *nemo improbitate sua consequitur actionem*.

Quid inde em se tratando de menor emancipado?

Penso que o mandamento legal do art. 194 do CPP tem plena incidência, não se dispensando a nomeação do curador. A emancipação civil, em qualquer das suas modalidades, não apresenta relevância na órbita penal. A emancipação a que se refere a lei civil (art. 9º § 1º do CC) consiste, apenas, na aquisição da capacidade *civil* antes da idade legal. Porém, perante a lei processual penal, justifica-se a manutenção da proteção ao menor. No sentido do texto existe, aliás, acórdão do Supremo Tribunal Federal salientando a distinção que se impõe entre as duas órbitas, a penal e a civil⁽⁸⁾. Magalhães Noronha⁽⁹⁾, com apoio na doutrina de Espínola Filho, ao examinar a matéria, faz interessante colocação técnica, ao assinalar que “a lei fala em menor e não em *incapaz*; conseqüentemente, ainda que emancipado ... “deve ser-lhe nomeado curador, embora atendendo-se à sua capacidade, não se lhe possa negar a palavra, para se manifestar sobre qualquer ato processual, sem prejuízo de se ouvir também o curador”. Damásio⁽¹⁰⁾, da mesma forma, entende que o réu emancipado não prescinde da nomeação de curador.

Estas as observações que me parecem oportunas, em relação ao curador à lide no curso do procedimento criminal, estudado, até aqui, o *munus* da curadoria somente em relação ao réu menor. É preciso ter em conta que o curador *ad hoc* do réu menor não deixa de ser, também, um curador à lide, pois sua atuação, como já examinado, pode se estender por todo o curso do procedimento.

5 - Porém, como ficou anotado no início do presente trabalho (1), a curadoria do réu é exercida também no incidente da insanidade mental do acusado, sempre que houver dúvida razoável a respeito da integridade mental do imputado. Ela vem prevista nos arts. 149 § 2º e 151 do CPP.

Nesse momento, o curador do réu atua, de forma ampla, na defesa dos interesses processuais do réu, quando houver dúvida razoável a respeito da sanidade mental do imputado, postulando a realização do competente exame de insanidade mental, formulando quesitos e acompanhando o processo em todas as suas fases. É certo que, quando da ação penal, o processo ficará suspenso, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento (art. 149 § 2º do CPP). Porém, vindo ao processo o laudo respectivo, ainda que ele conclua pela integridade mental do imputado, o curador deverá continuar velando pelos interesses do acusado e agindo como tal, pois o juiz, ao sentenciar, não está vinculado ao laudo (art. 182 do CPP), podendo, assim, adotar posição contrária ao laudo, pois nosso Código perfilhou o princípio liberatório (art. 182 do CPP) coerente, aliás, com o princípio da livre convicção motivada do juiz esposado em nosso processo penal (art. 157 do CPP). Se realizado na fase do inquérito policial, no entretanto, o exame não importará na suspensão do procedimento, nem na interrupção das investigações, dada a natureza inquisitiva do inquérito policial e também pela interpretação extraída *a contrario sensu* do § 2º do art. 149 do CPP. Mesmo na fase pré-processual somente o juiz poderá determinar o

exame, cabendo à autoridade policial, quando muito, representar ao juiz caso entenda cabível a providência (art. 149 § 1º do CPP). Indaga-se então: e se o laudo concluir que o indiciado é inimputável? Nada impede a propositura da ação penal, eis que somente na sentença é que o juiz irá valorar aquela peça técnica (art. 182 c/c 157 do CPP). Na oportunidade, surge um delicado problema: como citar o réu, que, segundo o laudo, seria inimputável? O Pretório Maior, examinando a hipótese, já decidiu no sentido de que a citação, em tal caso, se fará na pessoa do curador nomeado (art. 151 do CPP)⁽¹¹⁾. Neste momento procedimental, que antecede ao processo, o curador do insano mental não precisa ser advogado, bastando que seja alguém dotado de capacidade plena e de idoneidade não contestada. Porém, tal como se dá com o curador do menor, convém seja pessoa dotada de habilitação técnica para o exercício da advocacia e, pois, muito mais equipada para o exercício do *munus* da curadoria. Já se esta se der durante a ação penal não resta dúvida que o curador terá que ser advogado, pois que, no curso do processo, não há lugar para a intervenção do leigo atuando em função defensiva. O contraditório em juízo terá que ser, sempre, homogêneo. A lei processual não previu recurso contra o despacho que indefere o requerimento postulando a realização do incidente da insanidade mental do réu, recomendando-se, por tal razão, especial cuidado do juiz que desacolhe a postulação naquele sentido. No caso de dúvida, entendo que o juiz deve acolher o pedido, pois em jogo a imputabilidade ou a semi-responsabilidade do réu ao tempo da prática da infração penal (art. 26 e seu parágrafo único do CPP). Parece-me, porém, que no caso em que o indeferimento se der por evidente arbitrariedade do juiz cabe a reclamação contemplada nos arts. 219 a 225 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro. Não há negar que, dada a relevância da matéria, não andou bem o legislador ao deixar de prever recurso específico contra aquela manifestação jurisdicional. Aliás, recurso não há também no caso em que o juiz ordenar a instauração do incidente, muito embora as conseqüências, em tal hipótese, sejam menos graves para o imputado, que só poderá beneficiar-se com o resultado do exame. Nesse caso, se infundada a providência judicial, poderá o Ministério Público (ou o querelante), da mesma forma, reclamar, fundado no mesmo art. 219 do CODJERJ, contra o despacho, uma vez que ele importa na suspensão do processo, com possíveis prejuízos para a parte autora, desde que, à toda evidência, não haja dúvida a respeito da higidez psíquica do réu. Sobrevindo a sentença absolutória, cabe ao juiz impor ao acusado a competente medida de segurança (art. 97 do CP). Em ocorrendo tal fato, o curador do réu será intimado da sentença, pois seria absurdo pretender intimar um louco da decisão final do processo. Já se o imputado estiver nas condições do parágrafo único do art. 26 do CP, penso que ambos, réu e curador, devem ser intimados da sentença. Pode acontecer, embora rara a hipótese, que o réu, no curso da ação penal, venha a recuperar a normalidade mental. Verificando-se a ocorrência, desaparece a razão de ser da curadoria à lide, embora o laudo de insanidade mental venha a concluir que, quando da prática delituosa, o réu estaria nas condições a que alude o art. 26 do CP. Tais considerações, na atualidade, perdem muito da sua relevância prática em razão do entendimento consolidado na doutrina e na melhor jurisprudência de que da sentença condenatória devem ser intimados não somente qualquer réu mas também o defensor, seja ele constituído ou dativo.

Tal compreensão da matéria, aliás, é a que melhor atende às garantias da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes assegurados na Constituição Federal (art. 5º, LV da Constituição Federal). Aliás, em boa técnica, até mesmo em caso de sentença absolutória, a defesa deve ser intimada, pois embora não tenha ocorrido a sucumbência, ela pode estar investida de interesse em recorrer do *decisum*, como, por exemplo, ocorre no caso em que ela pretenda modificar o fundamento legal da absolvição (art. 386 do CPP), tendo em conta não só o aspecto moral mas também o legal da absolvição, por força dos reflexos civis para efeito do ressarcimento do dano *ex delicto*.

Questão pouco ventilada é a que se relaciona com a doença mental que sobrevém no curso da execução da pena privativa de liberdade. O Código Penal a ela se refere no art. 41 e a Lei de Execução Penal, igualmente, em seu art. 183, a ela faz alusão. O Código de Processo Penal (art. 154) não traçou normas quanto ao procedimento da verificação da insanidade mental do condenado, nem a LEP (art. 183) cogitou de estabelecer um procedimento a respeito, determinando, pura e simplesmente, a faculdade judicial da substituição da pena por medida de segurança, com a conseqüente internação do sentenciado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou similar.

Parece-me, porém, que, sem prejuízo da imediata internação do condenado em estabelecimento adequado, em face da óbvia urgência da segregação do insano mental, deve ele ser submetido ao competente exame de sanidade mental, com a nomeação de curador para assisti-lo, quando se apurar, então, das condições mentais do sentenciado no momento da execução. Vale notar que a curadoria, em tal caso, terá que ser exercida por advogado, pois há um *processo* de execução em curso (art. 2º da LEP). O curador, como nos demais casos, ofertará quesitos e, concluído o laudo, onde resultar demonstrada a doença mental do condenado, requererá em favor do sentenciado o que entender de direito diante do caso concreto. A superveniência de doença mental importará, uma vez homologado o laudo respectivo, na internação do condenado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (art. 108 da LEP). A razão do preceito legal reside no fato de que a pena só deve ser cumprida por quem tem capacidade penal para sofrer a execução. Ora, uma vez comprovada a incapacidade psíquica do condenado, a execução seria inútil, quer como sanção, quer como recuperação moral e social do condenado, pois que ele estaria infenso àquelas providências por absoluta falta de compreensão das mesmas. Além do mais, a convivência do executado doente mental com outros presos em estabelecimento penal comum tornar-se-ia perigosa para ele e para os demais presos, além de prejudicar o seu processo de cura. Da decisão do juiz que homologar o laudo, cabe agravo sem efeito suspensivo (art. 197 da LEP), pois todas as decisões proferidas no decorrer da execução penal são recorríveis (nº 175 da “Exposição de Motivos” da LEP). São legitimados para recorrer o Ministério Público e o curador-defensor. Portanto, se o curador com ela não concordar, poderá interpor agravo, velando pelos interesses do condenado. O prazo recursal correrá da data da ciência da decisão que homologar o laudo. Vale o registro de que, sobrevindo o restabelecimento, desaparece a razão da curadoria, voltando o condenado à prisão para cum-

prir o que restar da pena, nela computado o período de internamento por força da detração (art. 42 do CP). Como salienta Mirabete, o lapso de tempo de internação “é computado por razões humanitárias”.⁽¹²⁾ E se esgotado o prazo de duração da pena o internado não vier a se restabelecer? A pena será julgada extinta (art. 109 da LEP), dando-se ao sentenciado o destino aconselhado para a sua enfermidade, feita a comunicação ao juiz de incapazes. Era assim que tratava da matéria o art. 682 § 2º do CPP, que integrava o Livro IV do mesmo Código, que regulava a execução penal. Com o advento da LEP, foi aquele livro derogado (art. 204 da LEP), podendo, no entanto, aplicar-se aquele dispositivo da lei processual (art. 682 § 2º) à falta de texto expresso que regule a hipótese na LEP. Cabe à lei de organização judiciária local dispor a respeito do juiz à cuja disposição passará o incapaz (na Comarca da Capital-RJ, veja-se o art. 85, III do CODJERJ). Convém assinalar, ainda, que o juiz da execução *poderá* optar pela conversão da pena em medida de segurança (art. 183 da LEP). Caso o juiz da execução exerça a faculdade que lhe concede a lei, a execução se dará na forma prevista no Título VI da LEP (art. 171 e ss da LEP). Assim ocorrendo, o curador do condenado continuará fiscalizando a execução e velando pelos interesses do sentenciado enquanto perdurar a execução penal.

Em suma, o que se pretende demonstrar é que, embora a lei não o diga expressamente, o curador tem lugar também no *processo* de **execução**, cuidando do interesse do insano mental e, quando for o caso, também do condenado menor enquanto perdurar a menoridade. Para tanto, deverá ser intimado de todas as decisões relacionadas com a execução penal do incapaz.

Hipótese pouco comum de ocorrer é a prevista no art. 152 do CPP. Cogita ela da doença mental que sobreveio à infração penal, estando o processo ainda em curso. Em tal caso, verificada a ocorrência daquela situação, a ação penal ficará suspensa aguardando o restabelecimento do réu. Da decisão que suspender o andamento do processo deverá ficar ciente o curador, que continuará no processo velando pelos interesses do imputado. A lei, aqui, deu ao juiz a mera *faculdade* de determinar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado (art. 152 § 1º do CPP), incumbindo-lhe diante do caso concreto tomar a providência que lhe parecer mais oportuna. A lei processual penal não previu recurso específico contra a decisão que ordena a suspensão do processo em razão da doença mental superveniente ao fato ocorrida durante o processo, pois o art. 581, inciso XVI do CPP, cogitou, apenas, do recurso em sentido estrito contra a decisão que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial, não tratando da suspensão da ação penal no caso da doença mental superveniente à infração penal. Parece-me, porém, que a decisão é apelável através da norma genérica retratada no art. 593, II do CPP, tendo em conta as graves conseqüências que da decisão podem advir principalmente para a parte autora, uma vez que a prescrição não tem seu curso suspenso, continuando, por tal razão, a fluir o lapso do prazo prescricional. É evidente que, durante a suspensão do processo, serão praticados todos os atos que possam vir a ser prejudicados com a paralisação do feito, deles ciente o curador-advogado, no objetivo de evitar o perecimento da prova. Caso ocorra o restabelecimento do réu, o processo retomará seu andamento, ficando-lhe assegurada a facul-

dade de requerer a renovação da prova oral (não apenas a inquirição das testemunhas, como afirma a lei – art. 152 § 2º do CPP) que não tenha sido produzida na sua presença. Aliás, o réu, uma vez restabelecido, poderá questionar qualquer prova produzida no período da sua doença, apesar de, naquela fase, estar assistido no processo por curador-advogado. Haverá, como se impõe, uma decisão fundamentada do juiz, baseada em laudo pericial, dando o imputado como restabelecido, da qual o curador-advogado deverá ser intimado, podendo contra a mesma apelar (art. 593, II do CPP). Diga-se o mesmo em relação ao Ministério Público (ou querelante), que, igualmente, será intimado daquela relevante decisão para o processo do réu, dela apelando se entender cabível a providência recursal (art. 593, II do CPP). É de ressaltar, ainda, que, uma vez restabelecido o réu, desaparece a razão de ser do exercício da curadoria.

6 - Por fim, resta analisar uma terceira modalidade do exercício da curadoria, pouco correntia, sem dúvida. Aliás, na prática, nunca me deparei com a sua ocorrência. Ela está prevista no art. 33 do CPP e, ao contrário das duas outras modalidades antes examinadas, não se relaciona com a pessoa do réu mas sim com o autor da ação penal, abrangendo o ofendido menor de 18 anos ou o mentalmente enfermo ou retardado mental, quando não tiver representante legal, ou, ainda que o tenha, colidirem os interesses do incapaz com os do seu representante legal. Em tal caso, o direito de queixa pode ser exercido por curador especial nomeado de ofício ou a requerimento do Ministério Público pelo juiz competente para o processo penal. Tourinho vê no curador especial um verdadeiro substituto processual (1, *supra*), que vai a juízo em nome próprio na defesa de interesse alheio. Em trabalho que escrevi nos anos 80, vislumbrei na atividade jurisdicional exercida em função do mandamento legal contido no art. 33 do CPP um verdadeiro exercício de jurisdição voluntária em sede processual penal. ⁽¹³⁾ Na ocasião, salientei que o curador especial age com plena liberdade para propor ou não a queixa, só atuando caso os elementos de informação chegados a seu conhecimento autorizem a providência. Em outras palavras: a nomeação feita pelo juiz não tem força vinculativa, obrigando o curador a propor a ação penal como se fosse um autômato. Na oportunidade, procurei demonstrar que a providência aplica-se, também, aos casos de ação pública condicionada por mera interpretação extensiva da norma. Com efeito, se o juiz pode nomear curador especial para promover a ação penal, mediante queixa (ato instaurador da instância penal), *a fortiori* poderá fazê-lo em relação à representação, mera condição de procedibilidade, pois que quem pode o mais pode o menos. Fica certo que a nomeação de curador especial apresenta caráter preventivo típico da jurisdição administrativa, tendo por fim acautelar os interesses do ofendido surpreendido em qualquer das situações contempladas no art. 33. O cuidado do juiz tem por objetivo não deixar o ofendido, naquelas circunstâncias, ao desamparo da proteção legal. Sua atuação, na emergência, é, sem dúvida, totalmente distinta do interesse da composição do litígio, até porque, naquela fase, não há, sequer, contendores mas mero interessado a exigir especial proteção do Estado.

O curador *ad litem*, isto é, a pessoa designada pelo juiz para defender os interesses do incapaz na hipótese do art. 33 do CPP, exerce, assim, atuação mais ampla,

no processo, que o curador *ad hoc* (que, da mesma forma, não deixa de ser um curador à lide), pois este tem sua nomeação restrita para um determinado ato, como ocorre no caso do art. 194 do CPP. É certo que, como já examinado (2 a 4), o curador do menor não restringirá sua atividade processual somente em relação ao interrogatório do réu, porém, nem de longe se poderá vislumbrar em sua atuação no curso da ação penal a dimensão do substituto processual cogitado no art. 33. Aliás, nem mesmo quando a curadoria se dá em função da insanidade mental ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado do imputado se poderá antever da parte do curador participação processual mais intensa que aquela, sem dúvida singular, do art. 33 da Lei dos Ritos.

Como de fácil observação, o exercício da curadoria no curso do processo penal apresenta múltiplas facetas, ensejando uma visão proteiforme da matéria.

* **Sergio Demoro Hamilton** é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Santa Úrsula, ex-Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis-RJ (1962-1974), ex-Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho (1970-1978) e Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB.

NOTAS

- (1) Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, vol. 01, p. 345, Editora Jalovi, 1979.
- (2) Darcy Arruda Miranda, *Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Penal*, vol. IX, p. 89, Editora Revista dos Tribunais Ltda., com referência ao julgado do STF no *Habeas Corpus* nº 30.353, de 14.07.48, Rel. Ministro Ribeiro da Costa.
- (3) Damásio Evangelista de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, p. 05, Editora Saraiva, 1994, com referência a diversas decisões do STF no RHC 56092, DJU, p. 4394; RHC 58.237, DJU, 19.09.80, p. 7203; RHC 58254, DJU, 03.10.80, p. 7735; RTJ 89/57 e 90/39.
- (4) Eduardo Espinola Filho, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. 01, p. 305, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1965.
- (5) Damásio Evangelista de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, p. 178, Editora Saraiva, 1994, referência ao julgado do STF publicado na RTJ 103/993.
- (6) Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, volume 02, pp. 411/412, Editora Saraiva, 1994.
- (7) Damásio Evangelista de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, p. 178, Editora Saraiva, 1994, referência ao julgado do STF publicado na RTJ 69/688.
- (8) Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, 1º volume, p. 68, Editora Saraiva, 1991, referência ao julgado do STF publicado na "Revista Forense", 160/328.
- (9) E. Magalhães Noronha, *Curso de Direito Processual Penal*, p. 143, Editora Saraiva, 1986.
- (10) Damásio Evangelista de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, p. 150, Editora Saraiva, 1994.
- (11) Damásio Evangelista de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, p. 130, Editora Saraiva, 1994, com referência ao julgado do STF no *Habeas Corpus* 66.927, in DJU de 14.04.89, p. 5458.
- (12) Julio Fabbrini Mirabete, *Execução Penal*, p. 275, Editora Atlas S.A., São Paulo, 1992.
- (13) Sergio Demoro Hamilton, "Vestígios da Jurisdição Voluntária no Processo Penal", "Revista de Direito Penal", nº 30, pp. 55/59, Rio de Janeiro, 1981.