

*A fattispecie da curatela especial nas Leis 13.105/2015 e 13.146/2015 - ensaio sobre a cegueira (iatrogenia e o legislador[?]).*

Gregory Victor Pinto de Farias<sup>1</sup>

## **Resumo:**

A *fattispecie* da curadoria especial no seio do Código de Processo Civil e na Lei 13.146/2015 consubstancia-se em instituto que, não raras vezes, imiscui-se nos meandros e escaninhos da *paralaxe cognitiva*<sup>2</sup>. Isso porque o legislador das indigitadas leis anuncia a aludida *figura processual* e os “intérpretes/aplicadores” do Direito, esgueirando-se sob as águas turvas do senso comum teórico e munidos de pré-compreensões solipsistas, passam ao largo da necessária  *fusão de horizontes* que deve ser levada a efeito a fim de haver a devida *applicatio* da norma em testilha.

Nessa urdidura, a mensagem implícita que se quis dizer com o título do ensaio em liça ao fazer referência, *com licença poética*, à obra de Saramago, diz respeito exatamente à ausência de estudo doutrinário em *Terrae Brasilis* a respeito da *vexata quaestio* em comento. *Rectius*: provavelmente o problema não se ligue à *falta de estudo doutrinário*, senão, mais precisamente, à inexistência de *interesse da doutrina e dos estudiosos em se debruçar sobre a curadoria especial* – a levar, *como o inverso da teoria da percolação*<sup>3</sup>, a uma *práxis mecânica e automatizada*.

Seguidamente, *iatrogenia* significa, em brevíssima e apertada suma, o prejuízo líquido de danos ocasionados sob as vestes de a causa ser tida para o bem comum. A expressão em comento é *amiúde* usada nos idos da Medicina antiga, especificamente nas ocasiões em que as intervenções médicas, levadas a cabo sob a batuta de salvar a vida dos pacientes, mais causavam danos do que a *não-intervenção*.

1O autor do escrito é Defensor Público na Defensoria Pública de Pernambuco e ex-Defensor Público na Defensoria Pública do Paraná (2013 a 2016).

2*Paralaxe cognitiva* se trata de um fenômeno estudado pelo filósofo Olavo de Carvalho, de acordo com o qual existe um afastamento entre o eixo da construção teórica e o eixo da experiência real anunciada pelo indivíduo. Trago-o aqui, *mutatis mutandis*, para significar o distanciamento entre o *ideal* da figura e o *real empiricamente concreto* (tautologia proposital).

3Estuda-se, na teoria da percolação, somente as causas e não os acontecimentos – *referiu-se, mutatis mutandis, ao inverso, a saber, desligar-se da figura em si e só se dar conta quando dela se necessita na prática (meros acontecimentos)*.

Com efeito, quero apenas ventilar, a título de proposta a ser discutida posteriormente, os efeitos que o *desdém* com que a doutrina trata a curadoria especial gera e vem gerando nos meandros fenomenológicos do processo civil – muita vez, dada a inexistência de coerência e integridade sobre a metodologia da *applicatio* da curadoria especial, acaba-se por trazer à ribalta, na *vida vivida*, o *câncer fagedênico* do Direito brasileiro: as odiosas práticas decisionistas/solipsistas.

Logo, o ensaio vertente não ousa alçar voos a ponto de contornar todo esse *nó górdio* que colore e reveste o *status quaestionis*, uma vez que, para tanto, necessário seria uma bibliografia mais extensa e um estudo mais pormenorizado (horizontal e verticalmente) sobre a *origem deontológica* da curatela especial, assim como a sua existência *ontológica* aqui e *aliunde* (no Direito alienígena).

Sem embargo, algumas digressões sobre o tema serão vazadas.

#### **Palavras-Chave:**

Curatela Especial; Código de Processo Civil; Lei 13.146/2015.

#### **Vício na origem: *o equívoco semântico do legislador.***

O Código de Processo Civil de 2015 foi alvissareiro em algumas partes.

Sem embargo, o redator do artigo 72 foi de uma infelicidade atroz.

Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;

II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.

A bem de servir, o *nomen juris* a título de verbo de que se valeu o legislador do Código de Processo Civil de 2015 (*nomeará*) já é criticado pela doutrina de prol desde os tempos de antanho. Não é necessário é de Seca a Meca para se chegar à conclusão de

que o juiz não *nomeará* curador especial às figuras previstas no rol do indigitado dispositivo: essa *nomeação* (*rectius*: atuação) dá-se *ex vi legis*, a saber, por força de lei.

Apondo um breve esboço histórico.

*A mais não poder*, se me aza bastante interessante o excerto de Pontes de Miranda, em obra de atualização da lavra de Sergio Bermudez (motivo pelo qual não se me reputa fidedigno atribuir a crítica apenas e tão somente a Pontes de Miranda, uma vez que a obra foi atualizada e, *ipso facto*, não tenho certeza de quem a realizou), a respeito da figura da curatela especial, denominada por ele, na época, de curador à lide, *verbo ad verbum*<sup>4</sup>:

Muito se discutiu, há alguns decênios, se a existência de órgão do Ministério Público no processo preexcluía a necessidade de curador à lide nos casos em que direito civil o exigisse, devido à colisão de interesses, ou por ainda não ter o incapaz tutor ou curador. Confundia-se, de um lado, a ação fiscalizadora do órgão do Ministério Público com a função representativa, ou assistencial, do tutor ou curador. Na espécie, do curador à lide. Disse depois o Código de Processo Civil que, nas comarcas onde não houver representante judicial de incapazes, ou de ausentes, o juiz dará curador à lide, se o incapaz não tem representante legal, ou se os seus interesses colidem com os do pai, tutor, ou curador. Que representante legal é esse? Não é o Ministério Público propriamente dito. **O Código previu a hipótese de se haver criado mais essa figura burocrática:** o representante legal de incapazes e de ausentes. Incidentemente, observemos que, enquanto a lei de processo se liberta, a lei de organização judiciária tende, no Brasil, a se burocratizar cada vez mais. **Não existindo, na comarca, o estranho personagem, nomeará o juiz curador à lide.** Que juiz? O juiz da causa ou o juiz de incapazes? A organização judiciária tem de dar a resposta; e é pena que lho deixasse o Código de Processo Civil. *De lege ferenda*, só o juiz dos incapazes é que deve designar

<sup>4</sup>PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume I. 5ª Edição. Forense, 2005. P. 171-172.

pessoas que exerçam tutela ou curatela. Fora disso, é o tumulto nas prestações de contas, o contínuo choque entre juízos, o absurdo mesmo do juiz, que vai julgar, colaborando na formação da personalidade processual do litigante. Ou o juiz cura de interesse de alguém, ou julga. A confusão é sempre prejudicial ao incapaz e às outras partes. (MIRANDA, Pontes, p. 171, grifo meu).

A bem da verdade, a *figura exótica* proclamada por Pontes de Miranda lhe causou profunda estranheza na época, uma vez que não se sabia o motivo pelo qual fora criada (plano deontológico) e o personagem jurídico a quem incumbiria o exercício desse mister (falha metodológica). Pontes, porém, *nas entrelinhas e sem saber de seu “wishful thinking”*, levou a cabo um exercício de uma profecia autorrealizadora: ao proclamar que a nomeação do curador à lide pelo juiz menoscabaria a sua imparcialidade, fora um *missivista ante tempus* da independência funcional atinente à Defensoria Pública – aqui especificamente no tocante ao exercício de seu mister ordinário (como curadora especial).

Para as latitudes e longitudes, dou prosseguimento ao raciocínio, valendo-me da inspiração ponteana, para reafirmar que o Código de Processo Civil de 2015 cometeu um erro atroz – mais do que um *lapsus linguae* – ao afirmar que o juiz *nomeará* curador especial nas hipóteses constantes em seu artigo 72. É que, conforme asseverado *aliunde*, a expressão *nomeará* remanesce em razão da ausência de uma modernização técnico-jurídica do legislador e das nesgas utilitaristas que instam em ganhar (sobre)vida em *Terrae Brasilis*.

Volto ao pensamento de Pontes: isso tinha sentido, à guisa de exemplificação, no Código de Processo Civil de 1973, principalmente porque, no parágrafo único de seu artigo 9º, estabelecia-se que nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial. Sem embargo, havia uma paralaxe cognitiva: *quem era essa figura?* A doutrina remanescia perplexa.

Hodiernamente, todavia, *legem habemus*: a Lei Complementar 80/94, atualizada pela Lei Complementar 132/09, preceitua, *com a clareza de água de rocha*, que é função institucional da Defensoria Pública o exercício de curadoria especial nos casos

previstos em lei. Assim sendo, andou mal – e muito mal – o legislador do derradeiro Código de Processo Civil ao se valer da expressão *nomear*.

Em síntese: tratando-se de caso de curatela especial (múnus ao qual incumbe apenas e tão somente à Defensoria Pública, como já exhaustivamente explanado alhures), o Juiz não nomeará o Defensor Público (*rectius*: à vista do princípio da unidade, deve-se falar em Defensoria Pública), uma vez que a sua atuação dar-se-á *ex vi legis*: pode-se falar, *portanto*, em abrir-se vista à Defensoria Pública

### **O leitmotiv da curatela especial: *quid juris*?**

De início, no atinente à natureza jurídica da curadoria especial, sempre houve embate doutrinário a respeito de se tratar de *representação judicial* ou *substituição processual*. Hoje a miscelânea encontra-se – muito provavelmente – pacificada, mas não se faz despicienda a recordação.

Para alguns a curatela tratar-se-ia como representação judicial da parte, de modo que haveria uma espécie de *mandato (procuração) legal* fornecido pela lei para fins de defesa da parte processual. A argumentação não se sustenta, uma vez que, por exemplo, o réu preso pode constituir advogado e ainda assim a Defensoria Pública atua como curador especial – e no caso de incapacidade, por exemplo, ele não poderia constituir o seu representante legal?

A corrente aparentemente majoritária adere à tese segundo a qual o curador processo exerce a função de substituto processual. Substituto processual que é aquele que, por autorização legal, pleiteia, em nome próprio, direito alheio. Segundo magistério doutrinário, substituto processual é o sujeito que, não sendo parte na relação de direito material, recebe da lei uma legitimação extraordinária.

Com efeito, o busílis vertente gravita em torno da seguinte pergunta: por que a existência da curadoria especial e por que razão esse mister foi incumbido à Defensoria Pública? Muito provavelmente essa pergunta era sobremaneira difícil de responder – senão impossível – antes do advento da Lei Complementar 80/94 e da disseminação do sacrossanto mister exercido pela Defensoria Pública (não por menos, como citado alhures, até a Pontes de Miranda causava espécie).

Todavia, há um *proprium*.

A Defensoria Pública tem o seu dever constitucional estampado no artigo 134 e 135 da Constituição da República. A própria *Lex Matter* e o Supremo Tribunal Federal já reconhecem a sua autonomia de quatro feixes (orçamentária, financeira, administrativa e funcional) e a equiparação *lato sensu* em relação à carreira da Magistratura e do Ministério Público.

Sabe-se que é dever da Defensoria Pública abrir as portas da Justiça àqueles que, sem ela, Defensoria, não conseguiriam ter acesso – incumbe a ela, portanto, prestar assistência jurídica àqueles que se encontram em situação periclitante. Situação periclitante que não se liga, estrita e necessariamente, à condição de pobreza extrema.

Nessa urdidura, ainda se fala que a Defensoria Pública exerce funções típicas e atípicas. Essa dicotomia, em meu sentir, sobressai ultrapassada: a Constituição da República, a Lei Complementar 80/94 e o Supremo Tribunal Federal já reconhecem, de maneira categórica e insistente, o perfil defensorial delineado a partir do topo da pirâmide – a incluir, também, os tratados de direito internacional.

Assim sendo, o que se chamava de *hipossuficiência organizacional* já está claramente abrangida pela atuação cotidiana da Defensoria Pública, principalmente a partir do *leading case* julgado pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual foram abertas ensanchas à sua legitimação para o ajuizamento de ação civil pública em relação a grupos vulneráveis (v.g.: assegurar direito à saúde, temática relativa a idosos, crianças e afins).

Sem embargo, a curadoria especial parece trazer à ribalta um outro tipo de hipossuficiência/vulnerabilidade: a de mote processual. As figuras estampadas no artigo 72 do Código de Processo Civil são pessoas que não detêm oportunidade e/ou envergadura processual para atuar (se defender) na demanda que contra si é movida.

Sendo assim, pode-se falar que, no caso da curadoria especial, a Defensoria Pública atua como tutora do *due process of law*, especificamente a salvaguardar o direito à isonomia, ao contraditório e à ampla defesa. Como *sentinela avançada* da vulnerabilidade processual daqueles que dela necessitam, a Defensoria Pública atua fazendo as vezes de um *handicap*<sup>5</sup>.

<sup>5</sup>Significa uma desvantagem que torna mais difícil o sucesso.

De outro vértice, uma *quaestio juris* merece um pouco mais de atenção no plano empírico e fenomenológico. Refiro-me, pois, à figura da curatela especial exercida pela Defensoria Pública em relação aos incapazes. Ora, se é manejada uma demanda visando à curatela (“*interdição*”) de uma pessoa supostamente incapaz, afigura-se pertinente a atuação da Defensoria Pública como curadora especial dessa pessoa incapaz.

Nesse diapasão, há vozes que sustentam que, independente do que o Defensor Público visualize naquele caso concreto, sobeja *vinculado/obrigado* a defender a pessoa supostamente incapaz cuja demanda busca a sua curatela (“*interdição*”). Ou seja: diz-se que, ao arrepio de sua independência funcional e mesmo se não for para o melhor interesse do incapaz, deve o Defensor Público se insurgir contra a demanda.

A toda evidência que entendimento desse jaez é absolutamente oligofrênico, absorto e remonta a pensamentos jurídicos da era paleolítica. Lembra-me a vetusta discussão outrora existente (e hoje, acredito, pacificada) sobre a possibilidade de o Ministério Público *poder* pedir, ou não, a absolvição do denunciado: *é claro que é possível*. Nem se fale da teoria dos poderes implícitos para justificar tal ato: há uma complexidade sobremaneira maior.

No caso vertente, a Defensoria Pública tem a função de fiscalizar o processo de curatela (“*interdição*”) e, com olhos de águia, observar se há alguma causa subjacente por detrás da demanda que não seja apenas e tão somente a busca pelo melhor interesse do incapaz. Não pode o Defensor Público ver coisas onde elas não existem: *a ausência da evidência não é a evidência da ausência*.

Deveras, se acaso o Defensor Público, imbuído de sua independência funcional, perceber que o melhor para a parte incapaz é que seja concedida a curatela à pessoa indicada pelo Juízo, não lhe resta outra saída senão corroborar o pleito – *petição de princípio: seria de esquizofrenia sem precedentes obrigado o Defensor Público se insurgir contra algo benéfico àquele que ele mesmo deve defender (ainda que no plano processual)*.

Ao curador especial (ou seja, ao Defensor Público) é permitida ofertar defesa com negativa geral, o que excepciona, portanto, a lógica do ônus da impugnação específica. Todavia, isso é o *minimum minimorum* que o Defensor Público deve levar a cabo, uma vez que deverá analisar o processo *cum grano salis*, notadamente porque, não

raras vezes, feitos desse jaez podem ser manejados com prévia má-fé (a parte demandante já sabe que a parte demandada será citada por edital).

Sendo assim, a defesa oferecida pelo curador especial, no mais das vezes na forma de contestação, afastam os efeitos da revelia (processual e material) e, ainda que ofertada a contestação de forma genérica, o processo deve ser minuciosamente valorado pelo Juiz, Defensor Público e, se em atuação, o Ministério Público, uma vez que o instituto visa, além de dar paridade processual àquelas figuras, evitar intentos espúrios.

Ao fim e ao cabo, abro este pequeno parágrafo para levantar a seguinte questão: o legislador quis *facilitar o seguimento do processo* ao criar a curadoria especial. É evidente que não se teve a mínima cautela com esse instituto e o discurso romântico de que serve para suprir a vulnerabilidade processual das partes que dele necessitam surgiu apenas e tão somente com o advento da Defensoria Pública.

Nesse ínterim, ao criar um instituto sem uma regulamentação precisa, o legislador de *Terrae Brasilis* imiscuiu-se no que denominei e expliquei acima nas raias da iatrogenia: *não obstante ter ciência da boa intenção dos Defensores Públicos na atuação como curador especial, a falta de uma maior disciplina normativa e a tabula rasa levada a cabo pela doutrina e pelos operadores do Sistema de Justiça terminam por apequenar a curatela especial e frequentemente, por divergências de entendimentos, causar uma inescandível barafunda processual...*

## **Conclusão.**

À evidência que o ensaio em testilha não esgotou, nem chegou perto de fazê-lo, sobre o assunto da curatela especial. Observe o leitor que até mesmo o nome é controverso: alguns chamam de curadoria especial e outros de curatela especial. Neste artigo, as duas nomenclaturas foram utilizadas de maneira equivalente.

Chegou-se à conclusão de que é possível afirmar que, atualmente, a curadoria especial é função institucional da Defensoria Pública a fim de dar paridade de armas, no plano processual, às partes que estejam em um degrau de inferioridade (dada a incapacidade de se defender).

Logo, a curadoria especial busca equilibrar, ou ao menos tentar, o pêndulo da balança no processo civil. Essa atividade custa muito caro à Defensoria Pública, uma

vez que realizar a defesa processual de uma parte com a qual não se tem contato não se afigura, na *vida vivida*, uma tarefa fácil – é, intelectualmente, árduo.

Sem embargo, como afirmado acima, deve o Defensor Público, a par da prerrogativa que lhe é atribuída de refugar à lógica do ônus da impugnação especificada, analisar, com diligência peremptória, o anseio material da parte contrária e eventuais vícios processuais nele, processo, contidos.

No desfecho desse ensaio, levanto uma pergunta, de maneira proposital, apenas para instigar o leitor a pensar de forma mais profunda e a visualizar que a doutrina e a jurisprudência são paupérrimas no que toca ao assunto em tela: *é legal e legítimo (são conceitos diferentes) que a Defensoria Pública atue, como curador especial, em favor de uma sociedade empresarial cujo capital é bilionário e que fora citada por edital?* Casos assim existem na prática...

## **Referências.**

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 1*. 19ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva de direito. Volume 1*. Campinas: Bookseller, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva de direito. Volume 2*. Campinas: Bookseller, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva de direito. Volume 3*. Campinas: Bookseller, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva de direito. Volume 4*. Campinas: Bookseller, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte. Casa do Direito, 2017.