

Péricles Batista: Deve-se designar defensor público exclusivo para crianças

06/12/2012

A recentíssima aprovação, pela Comissão de Preservação da Autonomia do Ministério Público do Conselho Nacional do Ministério Público, do pedido de providência 1475/2011-84, solicitado por membros do Ministério Público em Minas Gerais, para que os Defensores Públicos daquele estado não desempenhem atribuições próprias dos membros do Ministério Público, constitui mais um capítulo da controvérsia instaurada em torno da questão.

Dentre as referidas funções próprias, encontra-se a curadoria especial em favor da criança e adolescente, sobre a qual restou consignado na decisão acima:

Por conseguinte, não é possível que a Defensoria Pública ingresse em nome próprio, para a defesa de interesse de criança e adolescente, especialmente diante do fato de que seus direitos individuais indisponíveis já estão sendo defendidos pelo Ministério Público, como substituto processual, na forma prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. (Conselho Superior do Ministério Público, 2012)

A celeuma versa, portanto, sobre a necessidade e o cabimento da designação de curador especial para atuar exclusivamente em favor da criança e do adolescente em procedimentos judiciais e extrajudiciais, como por exemplo, em ações de destituição do poder familiar.

Alguns Tribunais têm se inclinado pela desnecessidade na designação[1]

Função de curador especial

A análise da questão jurídica suscitada passa, inicialmente, pela compreensão do múnus de que trata o art. 9º do CPC, in verbis:

Artigo 9º - O juiz dará curador especial:

I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;

II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

Parágrafo único. Nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial.

Como se nota, a lei não deixa dúvida quanto à razão de ser do curador especial, qual legitimado excepcionalmente para atuar na defesa daqueles a quem é chamado a representar.

O que se pretende é prover especial atenção à defesa dos interesses daqueles que por determinadas circunstâncias encontram-se fragilizados na relação processual.

Nos termos do dispositivo legal acima citado, são cinco as hipóteses que tornam necessária a designação de curador especial: (1) ao incapaz sem representante legal; (2) ao incapaz cujos interesses colidem com os de seu representante legal; (3) ao réu preso; (4) ao citado por edital e (5) ao citado por hora certa.

A norma é clara e dispensa maior exercício de exegese. O juiz dará, ou seja, deve dar curador especial nas hipóteses descritas no preceito legal.

A cogência do enunciado não deixa margem à discricionariedade judicial. O juiz não pode simplesmente optar pela não designação do curador, sob o fundamento de que todos no processo estão buscando o interesse da criança ou adolescente.

Nestes casos, não bastasse a clareza do dispositivo do Codex Processual, o legislador foi ainda mais específico ao prever no artigo 148, parágrafo único, f, do ECA, que a Justiça da Infância e Juventude é competente para designar curador especial em casos de apresentação de queixa e representação, ou de outros procedimentos judiciais e extrajudiciais em que haja interesse de criança ou adolescente.

O que a lei determina, portanto, é que a defesa dos interesses da criança e do adolescente seja feita, nestes casos, mediante a designação de pessoa habilitada para, acima de qualquer outra questão que se apresente no caso sub judice, cuidar exclusivamente dos interesses da criança ou adolescente.

O curador especial é essa pessoa, que atuará com parcialidade institucional a favor única e exclusivamente do infante.

Não se sustenta o argumento de que a colidência de interesses entre a criança ou adolescente e seus representantes, genitores, sociedade ou Estado, deve ser demonstrada para justificar a designação do curador especial.

Primeiro, porque, é dedução lógica que, se foi ajuizada, por exemplo, uma ação de destituição do poder familiar, existe conflito entre genitor e a criança ou adolescente, com inequívoca subsunção à hipótese do artigo 9º, I, do Código de Processo Civil.

A não designação de curador implicaria negar vigência ao referido dispositivo de lei federal.

Em segundo lugar, não se deve olvidar que a única pessoa que no âmbito do processo pode legitimamente aferir a existência de colidência é o próprio curador especial designado.

A colidência, latente, potencial, oculta na complexidade de um processo tão multifacetado como o de destituição do poder familiar, que busca pôr termo à relação mais elementar do ser humano, qual seja, a relação entre genitor e prole, pode passar despercebida aos atores do processo não comprometidos exclusivamente com a defesa dos interesses da criança ou adolescente.

Por essa razão, ao curador incumbirá perscrutar e discernir, sob o manto da parcialidade institucional, a necessidade de tutela de algum bem jurídico, da adoção de alguma providência, sob o prisma do exclusivo interesse da criança ou adolescente, submetendo o pleito ao

imparcial julgador.

Em suma, numa abordagem técnica, a não designação de curador especial para cuidar exclusivamente dos interesses da criança e do adolescente, implica um desequilíbrio na relação entre as partes: o julgador é imparcial; o genitor tem seus interesses cuidados por defensor, constituído ou nomeado; a sociedade e o Estado são protegidos pela atuação do Ministério Público, como custos legis. A criança ou adolescente, se não lhe é nomeado curador, não tem ninguém. Tecnicamente, está desassistido.

É lógico que, afastando-se da análise estritamente técnica para abarcar um espectro mais amplo de variáveis incidentes sobre caso concreto, pode-se dizer que, em geral, todos os atores do processo, até por uma questão de humanidade, buscam o melhor para o infante.

O Estado de Direito, mais que isso, o Estado Democrático de Direito não pode permitir, entretanto, que a proteção de uma pessoa em situação de altíssima vulnerabilidade, como nas hipóteses em análise, fique na dependência de uma confluência de boas vontades dos partícipes da relação jurídico-processual.

A falibilidade inata do ser humano exige que a solução de conflitos surgidos no seio da sociedade seja pensada para garantir o equilíbrio e a paridade das partes no curso do processo.

Não é o sistema perfeito, mas é o que foi consagrado pela ciência jurídica e pela experiência humana, como o mais eficaz contra injustiças.

Cuida-se, pois, de direito fundamental da criança e do adolescente, em sua dimensão subjetiva, o de contar com assistência técnica exclusiva para defender seus interesses.

Na esteira desta concepção, ensina a atualíssima doutrina sobre o tema dos direitos fundamentais:

A dimensão subjetiva corresponde, em primeiro lugar, ao anteriormente estudado status negativus. Trata-se da dimensão ou da função clássica, uma vez que o seu conteúdo normativo refere-se ao direito de seu titular de resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual. Essa dimensão tem um correspondente filosófico-teórico que é a teoria liberal dos direitos fundamentais, a qual concebe os direitos fundamentais do indivíduo de resistir à intervenção estatal em seus direitos (Abwehrrechte gegen staatliche Grundrechtseingriffe). (Dimoulis, 2011, página 117)

Mister, pois, que nas ações de destituição do poder familiar e nas análogas, seja designado curador especial para atuar exclusivamente no interesse da criança ou adolescente.

A curadoria especial como função essencial da Defensoria Pública

Estabelecida a necessidade de designação de curador especial no exclusivo interesse da criança ou adolescente em procedimentos de interesse destes, resta se debruçar sobre a questão que logicamente dela decorre, qual seja: quem, na vigente ordem jurídica, deve exercer este múnus?

Note-se que o artigo 9º, parágrafo único, do Código de Processo Civil preconiza que "nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial."

Parte da jurisprudência pátria entende que tal função é desempenhada pelo próprio representante do órgão ministerial, com respaldo na legislação especial.

A referida legislação especial seria, mormente, os artigos 155 e 201 do ECA, a seguir transcritos, in verbis:

Artigo 155. O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse."

"Artigo 201. Compete ao Ministério Público:

(...)

III - promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como oficiar em todos os demais procedimentos de competência da Justiça da Infância e Juventude (...).

O Parquet teria, segundo esse entendimento, legitimidade extraordinária para a defesa do interesse da criança ou adolescente. A indigitada conclusão merece reflexão mais acurada.

Embora relevante a função do órgão ministerial nas ações desse gênero, a referida atuação não se confunde com a atribuição de curador especial.

Como demonstrado no tópico anterior, somente uma pessoa devotada exclusivamente ao interesse da criança ou adolescente pode aferir que caminho proporcionará a salvaguarda de seus reais interesses, que, em tese, podem ser colidentes com os de quaisquer das outras partes no processo.

Digno de nota que o ECA, no caso de destituição do poder familiar, dá ênfase à manutenção das relações familiares, sempre que possível, o que implica pensar a "solução" da perda do poder familiar apenas e tão somente como ultima ratio.

Neste diapasão, do estrito ponto de vista da criança ou adolescente, a solução apresentada pelo Estado e pela sociedade, instrumentalizada no pedido do Ministério Público, pode não ser a melhor solução. Para ela talvez nem seja uma solução.

É este ponto de vista que deve inexoravelmente integrar o rol de fatores sopesados pelo julgador na busca da decisão justa.

Em casos como o considerado, o Ministério Público, quer como parte, que como *custus legis*, não pode pretender atuar em múltiplos lados da demanda.

Neste diapasão, merece detida análise a conclusão a que chegou o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que em lapidar decisão em sede de incidente de uniformização de jurisprudência, considerou necessária a designação de curador especial em favor da criança, em processo de destituição do poder familiar.

Merece detida consideração o excerto do acórdão a seguir transcrito:

Registre-se que a função institucional do Ministério Público fica plenamente resguardada, e, principalmente, fortalecida, por isso que sua missão constitucional é inatacável, devendo zelar de forma, intransigente, pela propositura e vigilância das medidas legais pertinentes, para cessar qualquer agressão física, moral, psicológica a menores e adolescentes. Entretanto, não podemos fechar os olhos, que o menor, e principalmente o albergado, é um sujeito de interesses e direitos que merecem ser representados, pois na grande maioria dos casos ocorre uma espécie de vácuo processual, onde o MP, visando protegê-los e adotando medidas cabíveis, não têm aqueles (menores) seus efetivos interesses ouvidos, porquanto a quem cabia representá-lo está completamente omissa, desaparecido, ou afastado da convivência parental ou familiar por determinação judicial, e este responsável é aquele justamente “atacado” pelo “Parquet”, que atua como parte e *custos legis*, por determinação legal, para exatamente expurgar da vida do menor quem lhe prejudicou. Tal circunstância, de cunho meramente processual, demonstra que o representante do MP, mesmo que atuante, não tem a flexibilidade de atender e exercer função de curador do menor, o qual, repito, incansavelmente, precisa que seus direitos sejam representados. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro — órgão Especial — uniformização de jurisprudência 0038977-13.2010.8.19.0000 — relatora — desembargadora Elizabeth Gregory — data do julgamento 4/4/2011)

Por vezes, há imanente incompatibilidade entre as abordagens defensiva e repressiva.

A rigor, não é possível atuar como parte, como autor da ação, sem se descurar da função institucional estabelecida pela Constituição Federal como *custos legis*.

E mesmo que sua atuação se limite a ser fiscal da lei, ainda assim não tem o condão de substituir o curador especial da criança ou adolescente, tendo em vista o sempre presente preceito principiológico que norteia a atuação do Parquet: a defesa, gravada de imparcialidade, da sociedade.

Neste respeito, elucidador a artigo publicado no site do Superior Tribunal de Justiça, em 26 de fevereiro de 2012, com o tema “STJ e Ministério Público, uma parceria pela Justiça”:

A ministra Maria Isabel Gallotti, que tomou posse no Superior Tribunal de Justiça há cerca de um ano e meio, atuou no MP por 12 anos e destaca que a instituição não deve ser confundida com um quarto poder. “O Ministério Público exerce papel singular, porque tem de ser imparcial e ter postura equidistante entre a magistratura e a advocacia. Ele seria advogado da sociedade, pois não cuida de interesses particulares de indivíduos”, explicou. (STJ, 2012)

Portanto, como bem ressaltou a Ministra da Corte Superior, com o conhecimento de causa de quem efetivamente atuou por anos no MP, a instituição ministerial não foi concebida para cuidar de interesses particulares de indivíduos.

Antes, atua precipuamente, de forma equidistante e imparcial, no interesse da sociedade.

Como acima consignado, o Ministério Público não pode atuar legitimamente, no interesse exclusivo da criança, do adolescente ou de quem quer que seja.

Frise-se, entretanto, ser compreensível o apego de inúmeros julgados a atuação multifacetada do MP.

Respeitado o entendimento em sentido contrário, verifica-se uma tendência de acomodação a um contexto institucional preestabelecido, ainda que com omissão em relação aos interesses da parte mais vulnerável.

De qualquer modo, desde 1994 a ordem jurídica pátria supre a contento este "vácuo processual".

Reza o artigo 4º da Lei Complementar 80/94, com a redação que lhe deu a Lei Complementar alteradora 132/09:

Artigo 4º. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

XVI - exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei.

A ordem jurídica prevê, portanto, uma instituição cuja natureza lhe permite atuar de forma ampla e abrangente a favor do vulnerável, sem comprometimentos de qualquer ordem, a não ser os limites impostos pela Constituição da República.

Ressalte-se que a lei não diz simplesmente que um órgão da Defensoria Pública poderá figurar como curador especial.

Antes, preconiza que a curadoria especial é função institucional da Defensoria Pública.

Ou seja, tal múnus constitui atribuição ínsita à própria existência da instituição, responsabilidade essa que não pode ser relevada, pena de comprometimento de sua atividade em sua essência.

Não se trata, respeitado o entendimento em sentido contrário, de função atípica. Sendo institucional, embora de natureza peculiar, é função típica, porquanto prevista expressamente na lei regulamentadora da atuação da instituição.

Portanto, falece razão ao argumento de que a Defensoria Pública não possuiria respaldo legal para atuar na curadoria especial, porque sua função seria a simples "orientação e defesa dos necessitados".

Como acima demonstrado, a Defensoria Pública é o único ente público que tem como função institucional a curadoria especial, possuindo, portanto, legitimidade para atuar como curador especial em qualquer processo em que tal atuação se faça necessária, nos termos aqui expostos.

Em suma, a Defensoria Pública tem a constitucional atribuição de orientação e defesa dos necessitados e concomitantemente a função da curadoria especial.

Ademais, não se pode desconsiderar o disposto nos incisos I, X e XI do mesmo artigo 4º da Lei Complementar Federal 80/94, a saber:

Artigo 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

(...)

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.

A ideia de que a Defensoria Pública deveria se manter inerte, aguardando provocação para atuar em defesa de um vulnerável é diametralmente oposta ao que foi concebido pelo legislador, que municiou a instituição de todo o instrumental necessário para uma conduta proativa, que propicie uma defesa efetiva dos necessitados[2] e não somente uma atuação pro forma para legitimar procedimentos.

Dispor a lei que a Defensoria Pública deve promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, e, ainda, exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, implica dizer que a instituição tem sim legitimidade para atuar em cumprimento de seu mister.

Neste sentido:

A vulnerabilidade da criança e do adolescente será suprida através da própria defesa estatal e específica dos direitos da criança e do adolescente e o ator processual que exerce tal defesa é a Defensoria Pública no exercício da Curadoria Especial nos termos dos artigos 142, parágrafo único e 148, parágrafo único, f, Lei 8069/90. Cumpre ressaltar que ao contrário do que ocorre na atuação do Ministério Público como *custus legis* em processos relativos à criança/adolescente, a Curadoria Especial somente pode atuar em estrita observância do direito da criança e do adolescente, jamais contrariando-os em atenção a qualquer outro interesse ainda que público. (STF – Medida cautelar 2280 – Relator Ministro Cármen Lúcia – D. 01/03/09, conf. voto Des. Elizabeth Gregory – TJ-RJ – UJ 0038977-13.2010.8.19.0000.)

Merece transcrição, ainda, a seguinte ponderação da Ilustre Ministra, no processo acima referenciado:

Nota-se, outrossim, que, embora haja previsão legal da atuação do Ministério Público nos processos e procedimentos em que não for parte e que versem sobre direitos de crianças e adolescentes (artigo 202 do ECA), ainda assim, o legislador previu, de forma expressa e imperativa (nos artigos 142, parágrafo único e 148, parágrafo único, f do Estatuto), a atuação do Curador Especial, donde se conclui que não há qualquer colidência entre a atuação do Ministério Público e do curador especial.

Vale trazer à colação, ainda, o precedente desse Egrégio STJ, em decisão proferida em 2009, em sede de Medida Cautelar ajuizada pelo Ministério Público para destrancar Recurso Especial contra a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que deu provimento a recurso para ingresso nos autos como Curadora Especial da criança:

Pretende o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro destrancar o Recurso Especial por ele interposto contra acórdão que manteve o ingresso da Defensoria Pública daquele Estado, na condição de curadora de menor, nos autos de ação de destituição de pátrio poder movida pelo requerente. (...) Ocorre que os argumentos expendidos pelo autorrecorrente não apresentam considerações capazes de justificar, em sede de cognição sumária, a mitigação da regra legal à hipótese vertente, mostrando-se desnecessário o imediato processamento do Recurso Especial, que deve se sujeitar, assim, à norma inserta no artigo 542, parágrafo 3º, do CPC, como bem decidido pela Corte de origem. Com efeito, é pacífica a orientação desta Corte Superior quanto à exigência cumulativa dos requisitos de plausibilidade do direito invocado e risco de dano irreparável caracterizadores do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a concessão de liminar nos autos de Medida Cautelar. A ausência de quaisquer desses requisitos obsta a pretensão de se destrancar Recurso Especial retido na origem, in verbis: "(...) 1. O imediato processamento de recurso especial retido na origem reclama: (i) a demonstração inequívoca do *periculum in mora*, evidenciado pela urgência da prestação jurisdicional; e (ii) o *fumus boni iuris*, consistente na possibilidade de êxito do recurso especial. Precedentes: AgRg na MC 14.358/SP, Relator Ministro Castro Meira, 2ª Turma, DJ de 12 de setembro de 2008 e AgRg na MC 14.053/RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ de 28 de agosto de 2008 (...)". (STJ – AgRg na Pet 7458 / RJ – Ministro Benedito Gonçalves – DJe 9/10/2009). "Com efeito, em relação a plausibilidade do direito alegado pelo Ministério Público Estadual e sem a pretensão de antecipar qualquer manifestação quanto ao mérito da questão proposta diante do superficial exame que se afigura possível em sede cautelar, ressalto que, não obstante os precedentes por ele destacados — notadamente a decisão na Medida Cautelar 15.919/RJ, da relatoria da ilustre Ministra Nancy Andrighi — se me apresenta impertinente a pretensão da parte autora, ante a possibilidade, em tese, de atuação simultânea do Ministério Público e da Defensoria Pública no mesmo processo, sem que qualquer deles adentre ou intervenha nas atribuições do outro. O artigo 9º, I, do CPC determina que: "O juiz dará curador especial: – I – Ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daqueles". Da doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, extrai-se que "Há colisão de interesses quando o ganho de causa pelo menor puder influir negativamente na esfera jurídica (ou moral) dos representantes. Basta o mais leve choque ou possibilidade de choque. Há dever de nomeação de curador pelo Juiz". (in Código de Processo Civil Comentado – Ed. RT. página 105. 2009). De outra parte, o artigo 134 da Constituição Federal que disciplina a atuação da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado,

prescreve em seu parágrafo 1º que "Lei Complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para a sua organização nos Estados (...)". Tal regulamentação foi implementada pela LC 80/94 que, depois de alterada pela LC 132/09, passou a determinar em seu artigo 4º, incisos XI e XVI, que: "Artigo 4º — São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) XI — exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (...) XVI — exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; Aliás, o Parágrafo Único do artigo 142 do Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina que: "A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsáveis, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual". Nesse contexto, não obstante a menor — cujo Ministério Público pretende afastar do âmbito do poder familiar de seus pais, em virtude de supostos maus tratos — não figurar como parte na ação de destituição de poder familiar movida pelo autor, merece ter seus direitos assegurados por curador especial posto que a presença do Ministério Público Estadual, por si só, não supre, em tese, a necessidade de nomeação de curador especial à criança, porquanto, embora o pólo passivo da ação seja composto apenas pelos pais ou responsáveis da criança, esta se me apresenta como a principal interessada no deslinde da ação, ante a iminente possibilidade de afastamento de sua família natural. Assim, como principal interessada em ações desta espécie, a criança pode ser representada — em virtude da impossibilidade dos pais — por curador especial (artigo 9º, I, do CPC), guardando respeito, dessa forma, aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, já que inviável o Ministério Público cumular as funções de autor, fiscal da lei e curador do interesse de incapazes, uma vez que são posições suscetíveis de choque de interesses, ainda que em tese. Aliás, não há que se falar que a Defensoria Pública não dispõe de mandado judicial para atuar no feito, posto que consoante as lições de Luiz Guilherme Marinoni "a sua autorização vai implícita no próprio ato de nomeação", mesmo porque a criança não dispõe de capacidade para outorgar os poderes de representação. Desse modo, ao menos nessa oportunidade em que se tem apenas uma visão sumária da questão principal, entendo não caracterizada a plausibilidade do direito alegado, capaz de traduzir o *fumus boni iuris*, necessário nas pretensões cautelares. No que atine ao *periculum in mora*, deve-se resguardar a regra que mantém o Recurso Especial retido, até decisão final, por não se vislumbrar a excepcionalidade necessária a sua mitigação pela inexistência, em princípio, de prejuízo imediato às partes e, muito menos, risco de dano irreparável, tal como alegado pelo Ministério Público, mesmo porque a nomeação de curador especial a menor em nada usurpa suas atribuições como, a propósito já decidiu esta Corte Superior, *mutatis mutandis*: "(...) O parágrafo único do artigo 9º do Código de Processo Civil não impõe ao Ministério Público o dever de atuar como representante judicial dos incapazes. Sua atuação, em processos em que figurarem como parte pessoas desprovidas de capacidade civil, decorre do artigo 82, II da mesma norma. Sua participação nessa hipótese, todavia, dá-se não como curador especial, mas como fiscal da lei" (STJ – Resp 67278 / SP – Relator Ministro Eduardo Ribeiro — DJ 17/12/1999 página 350 — trecho do inteiro teor do voto). Por outro lado, não se pode afirmar que a simples intervenção da Defensoria Pública nos autos com curador da menor consubstancie prejuízo para as partes envolvidas, mas, ao contrário, se me apresenta mais uma segurança processual a garantir o melhor para a criança. Com esses fundamentos,

inexistindo os requisitos autorizadores da mitigação da regra disposta no artigo 542, parágrafo 3º do Código de Processo Civil, indefiro desde logo a medida cautelas, julgando-a extinta sem apreciação do mérito, com fundamento no artigo 267, VI do Código de Processo Civil combinado com as disposições do artigo 288, caput, combinado com artigo 34, inciso XVIII do RISTJ. (Medida Cautelar – 016228, Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, Publicação 13/11/2009).

Assim, a relação entre os agentes do Estado nesta espécie de procedimento, em especial o Ministério Público e a Defensoria Pública, é de complementaridade, com o único objetivo de propiciar soluções derradeiras para as delicadas situações verificadas no contexto familiar e social de crianças e adolescentes.

O que não se pode admitir é que, sob o argumento da necessidade de pacificação social, do bem coletivo, do interesse público ou do que quer que seja, permita-se a alienação de genitores sem que o maior prejudicado tenha alguém para assisti-lo com exclusividade, o que implicaria alijar a criança ou adolescente do rol dos sujeitos de direito, de pessoa com interesses próprios, configurando flagrante afronta ao princípio da dignidade humana, sobre a qual se manifesta a mais autorizada doutrina nos seguintes termos:

Como se sabe, a dimensão mais nuclear desse princípio se sintetiza na máxima kantiana segundo a qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo. Essa máxima, de corte antiutilitarista, pretende evitar que o ser humano seja reduzido à condição de meio para a execução de metas coletivas ou de outras metas individuais. Assim, se determinada política representa a concretização de importante meta coletiva (como a garantia da segurança pública ou da saúde pública, por exemplo), mas implica a violação da dignidade de uma só pessoa, tal política deve ser preterida, como há muito reconhecem os publicistas comprometidos com o Estado de direito. (Barroso, 2010, página 73)

Questionar-se-á, então, por que até hoje há resistência à aplicação da lei vigente desde 1994?

A resposta é: porque, por anos, a incipiência e limitação estrutural da Defensoria Pública a impediam de assumir seu dever legal.^[3]

Se, entretanto, a Defensoria Pública, a despeito das dificuldades enfrentadas pela instituição, tanto em nível federal como nos Estados da federação, atinge o estágio de estrutura suficiente para assumir a responsabilidade legal que lhe é conferida, essa nova circunstância deve ser compreendida pelos entes ligados à prestação da jurisdição, notadamente pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

Em resumo, se há defensor público na comarca ou foro, em condições de receber designações como curador especial, deve o juiz proceder à designação nos termos da legislação vigente.

O argumento no sentido de que a presença de curador especial resultaria em retardamento da marcha processual não pode ser acolhido, vez que a celeridade na prestação da tutela jurisdicional não pode ser buscada ou obtida em detrimento das garantias constitucionais do

devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, tampouco, por se atrofiar o sistema concebido para defesa dos vulneráveis.

Vislumbra-se, a contrario sensu, a probabilidade de se imprimir maior rapidez nos procedimentos, via tutelas de urgência e pedidos análogos requeridos por curadores especiais atentos e comprometidos com a defesa efetiva dos interesses da criança ou adolescente.

Por fim, cabe uma ponderação aparentemente meta-jurídica, mas cuja essência não pode ser simplesmente desconsiderada.

Dada a natureza falha da atuação humana, tem-se chegado à conclusão de que em casos de vulnerabilidade extrema, a vigilância atenta de uma multiplicidade de órgãos e instituições é mais do que necessária para cuidar de que direitos não sejam desconsiderados.

Um exemplo é a execução penal, na qual se busca o cumprimento de pena de condenados pela Justiça Penal, tendo como diploma legal medular a Lei 7.210/84 (LEP), que prevê a existência de diversos órgãos de execução (artigo 61), alguns com funções coincidentes, numa clara preocupação do legislador com a vulnerabilidade dos encarcerados.

Da mesma forma, dada a limitação, quando não a impossibilidade, de defesa da criança e do adolescente, não há prejuízo a que dois órgãos tenham responsabilidades que eventualmente se entrecortam, tudo visando a sua proteção.

Por todo o exposto, resta evidenciada a imperiosa necessidade de designação de defensor público para atuar exclusivamente nos interesses da criança ou adolescente em procedimentos judiciais e extrajudiciais em que estes tenham interesse, como por exemplo, em ações de destituição do poder familiar, tudo em homenagem aos liames principiológicos do Estado Democrático de Direito.

DIMOULIS, Dimitri. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: RT, 2011

BARROSO, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Pedido de providências nº 0.00.000.001475/2011-84. Disponível em: <

http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Noticias/2012/Arquivos/Processos_julgados/Relatorio_14
(Acesso em 10.11.2012)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. O STJ e o Ministério Público. Disponível em <

http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104831>.
(Acesso em 26/02/2012)

[1] Veja-se recente julgado do Superior Tribunal de Justiça: “RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA AOS MENORES. DESNECESSIDADE.



ECA. ART. 201, INCISOS III E VIII. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Deve ser renovado o julgamento se da publicação da pauta não foi intimada a recorrente, Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. 2. Compete ao Ministério Público, a teor do art. 201, III e VIII da Lei nº 8.069/90 (ECA), promover e acompanhar o processo de destituição do poder familiar, zelando pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. 3. Resguardados os interesses da criança e do adolescente, não se justifica a nomeação de curador especial na ação de destituição do poder familiar. 4. Recurso especial a que se nega provimento.” (REsp 1176512/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

[2] A atuação proativa se justifica ante a percepção de que, por vezes, os necessitados não provocarão o agir da Defensoria Pública, seja pela extrema limitação de recursos para fazê-lo, seja pelo desconhecimento dos direitos e garantias que lhe são conferidos pela ordem jurídica.

[3] Um breve relancear de olhos na história recente do país revela que no bojo do turbilhão de mudanças implementadas pela Constituição Federal de 1988 foram concebidos dois entes públicos independentes e autônomos para a consecução de dois importantes objetivos na democracia que se buscava estabelecer: um "novo" Ministério Público, revitalizado para exercer a defesa da sociedade e a Defensoria Pública para atuar em favor dos necessitados. O primeiro prontamente assumiu suas novas atribuições, fortalecendo-se e cumprindo papel histórico na consolidação de um Estado Democrático de Direito. O segundo precisou "nascer" para depois desenvolver-se paulatinamente, inclusive no que tange à compreensão dos exatos contornos de sua função na ordem constitucional democrática.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2012-dez-06/pericles-batista-designar-defensor-publico-exclusivo-criancas/>