

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ÓRGÃO ESPECIAL

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA 0038977-13.2010.8.19.0000

RELATORA - DESEMBARGADORA ELIZABETH GREGORY

ÓRGÃO ESPECIAL - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL - CRIANÇA OU ADOLESCENTES CUJOS INTERESSES COLIDEM COM OS REPRESENTANTES LEGAIS - NOS CASOS DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL OU FAMILIAR - APLICAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 142 PARÁGRAFO ÚNICO E 148 PARÁGRAFO ÚNICO “F” DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE C/C ART. 9º INCISO I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - NOMEAÇÃO DO REPRESENTANTE DA DEFENSORIA PÚBLICA - NECESSIDADE. DECISÃO UNÂNIME.

Verificado o conflito de interesses de criança ou adolescente em acolhimento institucional ou familiar, com de seus representantes legais, se faz necessária a nomeação de Curador Especial, pelo Juízo da Vara da Infância e Juventude, por isso que a Constituição Federal em seu artigo 227, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 142 parágrafo único e artigo 148 parágrafo único “f”, estabelecem proteção integral, preferencial e conjunta, aos menores, os quais em se tratando de sujeitos de direitos, merecem ser devidamente representados no que concerne ao acesso ao Judiciário. A nomeação do representante da Defensoria Pública decorre de expressa previsão legal, vide os supracitados artigos conjugados com o disposto no art. 181 da Constituição Estadual, conjugado com os

art. 22 da Lei complementar Estadual 06/77 c/c art. 108 da Lei Complementar Federal 80/94, consoante precedentes dos Tribunais Superiores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, 0038977-13.2010.8.19.0000, suscitado pela e. Segunda Câmara Cível, nos autos do Mandado de Segurança 0034758-88.2009.8.19.0000.

ACORDAM os Desembargadores que integram o Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a unanimidade de votos, acolher o INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA COM A SEGUINTE SÚMULA:

“Caberá ao Juiz da Vara da Infância e Juventude a nomeação de Curador Especial a ser exercida pelo Defensor Público a crianças e adolescentes, inclusive, nos casos de acolhimento institucional ou familiar, nos moldes do disposto nos artigos 142 parágrafo único e 148 parágrafo único “f” do Estatuto da Criança e Adolescente c/c art. 9 inciso I do CPC, garantido acesso aos autos respectivos.”

Rio de Janeiro, 04 de abril de 2011.

ELIZABETH GREGORY
DESEMBARGADORA RELATORA

DES. PRESIDENTE: DES. MANOEL ALBERTO

VOGAIS - DES. JOSE GERALDO ANTONIO - DES. SERGIO DE SOUZA VERANI - DES. LUIZ LEITE ARAUJO - DES. JOSE C. FIGUEIREDO - DES. LUIZ FERNANDO DE CARVALHO - DES. LUIZ FELIPE HADDAD - DES. SIDNEY HARTUNG - DES. LEILA MARIANO - DES. MARIO ROBERT MANNHEIMER - DES. NILDSON ARAUJO DA CRUZ - DES. ELISABETE FILIZZOLA - DES. NAMETALA MACHADO JORGE - DES. AZEVEDO PINTO - DES. J. C. MURTA RIBEIRO - DES. ANTONIO EDUARDO F. DUARTE - DES. MARIA INES GASPAR .

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ÓRGÃO ESPECIAL
UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA 0038977-13.2010.8.19.0000
RELATORA - DESEMBARGADORA ELIZABETH GREGORY

RELATÓRIO

Trata-se de proposta de Uniformização de Jurisprudência suscitada com base no artigo 476 inc. II do CPC pelo Exmo. Sr. Des. Mauricio Caldas Lopes, Relator do Mandado de Segurança 0034758-88.2009.8.19.0000 (antigo 2009.004.01063), distribuído a e. 2ª Câmara Cível do TJRJ.

O “Mandamus” tem como impetrante a d. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e Impetrado o Juízo de Direito da 2ª Vara Regional da Infância e Juventude e do Idoso Regional de Santa Cruz Comarca da Capital, sendo deferido as folhas 453 a intervenção como “amicus curiae” da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, porquanto patente seu interesse no feito, por isso que prerrogativas dos Defensores Públicos são discutidas nos autos.

A gênese do presente feito reside na irressignação da d. Defensoria Pública contra ato do Juízo da 2ª Vara da Infância e Juventude e Idoso de Santa Cruz, da lavra da d. Juíza de Direito Dra. Cristiana Faria Cordeiro, a qual indeferiu direito de vista aos autos nos processos: 2007.206.006988-1, 2007.206.000651-2, 2008.2006.004312-2, 2007.710.000651-2, 2008.206.004304-3 e 2007.206.006077-4, motivando a impetração do Mandado de Segurança objetivando cassar tal decisão, que no entender da Impetrante fere direito líquido e certo ao exercício de seu “múnus” em relação aos menores institucionalizados, em lares substitutos, etc., governamentais ou não, municipais ou Estaduais.

A e. Segunda Câmara Cível identificou ampla divergência entre os órgãos fracionários deste E. Tribunal, no que concerne a necessidade de nomeação da d. Defensoria Pública, especificamente do Órgão desta instituição denominado CDEDICA, como **curador especial** nos casos de menores supracitados.

O i. Des. Relator do “Mandamus” orienta seu voto no sentido de **denegação da ordem**, citando diversas decisões exaradas pelas Câmaras Cíveis, a saber: 19ª Câmara Cível, 6ª Câmara Cível e 2ª Câmara Cível, **no sentido da ilegitimidade desta postura proativa que a digna Instituição Impetrante pretende assumir e assim se expressa**, “in verbis”:

“ Mas a divergência é profunda, como se recolhe, aliás, dos Vv. Acórdãos e decisões de que se tem notícia através dos documentos de fls. 284 e 336, (5ª Câmara), 308 (6ª Câmara), 315 (7ª Câmara), 321 (11ª Câmara), 331 (12ª Câmara), 361 (16ª Câmara), 387 (20ª Câmara), dentre muitos outros.

Também o Egrégio Conselho da Magistratura decidiu por vezes várias em sentido contrário ao que ora se propõe - (fls. 223/258).

6.1 Mesmo no Egrégio Superior Tribunal de Justiça grassa, como antes se salientou, divergência sobre o tema como se pode recolher do que decidido nas Medidas Cautelares nºs 16228/RJ, sendo relator o Min. (convocado) Honildo Amaral de Mello Castro (fls. 180/188) e 15.919/RJ, sendo relatora a Min. Nancy Andrighi, cuja decisão se vira antes se transcreveu, em parte.

7. O tema, como se vê, é dos mais controvertidos, e as soluções dos Órgãos Jurisdicionais as mais diversas, e de inegável interesse público, em jogo que está a proteção do infante e do adolescente.”

Manifestação da d. PGJ as folhas 476/501, no sentido, “in verbis”: de que seja conferida a matéria a interpretação de que é desprovida de amparo legal a pretensa atuação “ex ofício” da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, no exercício do múnus da curadoria especial da criança e adolescente dissociada da respectiva nomeação judicial em processo específico em que criança ou adolescente não for parte ou não carecer de representante legal ou não haver colidência de seus interesses com os daquele”.

É o relatório.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ÓRGÃO ESPECIAL
UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA 0038977-13.2010.8.19.0000
RELATORA - DESEMBARGADORA ELIZABETH GREGORY

VOTO

De fato, dos diversos pronunciamentos trazidos a baila pela e. 2ª Câmara Cível, é significativa a divergência no tocante ao tema, sendo imperativa a admissão deste incidente, nos termos dos art. 476 e 477 do CPC, albergados pelo art. 119 do Regimento Interno desta Corte, que admite, nos casos previstos em lei, como o presente, o pronunciamento prévio do Órgão Especial sobre a interpretação do direito, ficando sobrestado o julgamento, devendo a “vexata quaestio” ser resolvida, de acordo com a interpretação vencedora, na primeira sessão subsequente.

Como bem delineado pela e. Des. Leila Mariano na Uniformização de Jurisprudência nº 2007.018.0006, “in verbis”:

“ A uniformização de jurisprudência pelo Tribunal serve de farol para os magistrados e para toda família forense, não se tendo em tempos pós-positivistas, que aguardar se avolumem as divergências para só então haver o posicionamento do Colegiado maior a quem cabe o balizamento da interpretação Jurisprudencial. Este Tribunal pôde ter o desempenho que hoje possui, em grande parte, em razão da sua atividade de sumular a jurisprudência e ditar enunciados, os quais, ante a sua mobilidade, em lugar de engessar a atividade jurisdicional lhe servem de suporte.”

O Instituto de uniformização de jurisprudencial é um incidente procedimental que, à semelhança da declaração de inconstitucionalidade, a requerimento da parte ou de ofício pela Câmara, Grupo de Câmara ou Turma, Atribui ao órgão Especial, competência funcional para fixação de tese jurídica, mantendo-se a competência da Câmara, Grupo de Câmara ou Turma para a aplicação da lei ao caso concreto”.

O cenário fático que envolve o presente processo se revelou desafiante, com várias releituras dos presentes autos, até que pudesse formar um juízo de convicção, e fazendo com que me recordasse do inesquecível aos que lidam como Direito, e grande Rui Barbosa, quando na Oração dos Moços, assim expõe: “Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem (...;...) Mas, se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho.”

Com este intróito passo a análise do caso em concreto.

Constatei que a matéria suscitada é fruto de divergência não só entre as diversas e. Câmaras Cíveis, bem como no e. Conselho Magistratura e se encontra lastreada em teses juridicamente amparadas em firmes razões doutrinárias e concreta fundamentação legal seja qual for o pensamento a que se filie seu autor.

Então! Quando a mesma questão fática, induz o Magistrado a ter que escolher um caminho, embora existindo outro com a mesma consistência jurídica, aconselhável recorrer aos princípios gerais de direito.

As primeiras experiências, tais como as "Ordenações" da Espanha, França e Portugal (os primeiros Estados Modernos da história), prepararam o terreno para os filósofos do século XIII, os quais perceberam a possibilidade de criação de uma ciência jurídica puramente racional, que antecederia o costume desconexo dos povos. Tal sistema, porém, foi sendo cunhado como uma idealização do Direito, um fruto intelectual essencialmente abstrato.

A obra de Jean-Jacques Rousseau "Do Contrato Social", sustenta que a lei ideal é aquela que efetivamente expressa a vontade coletiva. Para Rousseau, o Direito é a lei, porque a lei é a única expressão legítima da vontade geral.

Nos sistemas jurídicos de tradição romanística, tais como no Direito Brasileiro, não mais prevalece a redução do Direito à lei, muito embora subsista a primazia desta sobre todas as outras fontes. Assim, mesmo em face do nosso sistema jurídico essencialmente legislativo, não

se pode ignorar a dinâmica da sociedade moderna, que torna necessário ao aplicador das leis, freqüentemente, recorrer às demais fontes do direito.

Tal evolução histórica do Direito decorre da evolução da sociedade e da necessidade do Estado-Juiz suprir de forma eficaz os interesses tutelados pelas normas e pelos costumes. E neste aspecto, entendo encontrar a resposta de qual caminho seguir no caso presente, quando dois caminhos jurisprudenciais, de sólidos fundamentos doutrinários, ocupam os pratos da balança da Justiça, que embora traga os olhos vendados, cega não pode ser por isso que há de atender, melhor, o interesse da sociedade.

Neste passo tenho como melhor entendimento os Julgados que autorizam a nomeação de curador especial, na pessoa dos Defensores Públicos que atuam junto ao CDEDICA nos casos em que haja menores institucionalizados nas unidades de abrigo governamentais ou não governamentais, Municipais ou Estaduais, por atender aos interesses da sociedade, e, principalmente, dos menores em evidente situação de risco, os quais por determinação Constitucional devem ser protegidos por todos e com todos os meios necessários para seu crescimento saudável.

Mas não bastam questões filosóficas e metafísicas, impende demonstrar através do arcabouço jurídico, os motivos que direcionaram a este caminho.

O ponto de partida foi a interpretação do artigo 9º do Código de Processo Civil, que dissipa, qualquer dúvida quanto a necessidade de nomeação de curador especial aos menores institucionalizados, com a exegese do citado diploma legal:

Art. 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.

No caso concreto, os apensos anexados aos autos principais, bem como, nos demais casos em que a Defensoria Pública busca exercer seu “Munus Publicum” temos crianças ou adolescentes desamparados, recolhidas das ruas, foragidas de casa, e via de regra abandonadas pelos genitores ou por quem deveria ter responsabilidade

pelos mesmos, colocadas em abrigos, ou famílias substitutas de maneira imperativa pelo Estado, através da Instituição com atribuição Constitucional para tal, no caso o Ministério Público, visando proteger tais menores, pura e simplesmente, com as medidas protetivas previstas em lei, tais como a destituição do pátrio poder dentre outras.

Contudo, o artigo 9º do CPC, é expresso no que tange a nomeação de curador especial, quando os interesses do menor colidirem com o de seus representantes legais. **Ora, parece-me que, se um menor esta em situação de abandono parental, principalmente, com a intervenção do MP para a destituição do pátrio poder daquele que deveria zelar pelos seus interesses, é óbvio que os interesses do menor colidem com de seu representante legal, e em conseqüência, imperiosa a necessidade de se nomear curador especial, ou caso contrário estaríamos afrontando o texto do Diploma dos Ritos**

Releva atenção especial o parágrafo único do mesmo art. 9º do CPC, in verbis:

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

Daí, podemos entender que a d. Defensoria Pública através do CDEDICA, tem a missão de cumprir tal tarefa, em consonância com os preceitos legais.

A atuação funcional está pautada na consideração de que a defesa dos direitos da criança e do adolescente, tal como prevê o artigo 227 da Constituição da República, é dever da família, da sociedade e do Estado, sendo a Defensoria Pública, Órgão do Estado, que tem como dever institucional, dentre outros relevantes, a defesa dos direitos da criança e do adolescente.

O artigo 148, parágrafo único, letra “f”, da Lei 8.069/90, estabelecendo a competência da Justiça da Infância e Juventude nas hipóteses elencadas no artigo 98 do ECA, determina a designação de curador especial em todos os procedimentos judiciais em que haja interesses de criança ou adolescente, em consonância com a disposição expressa no art. 9º do Código de Processo Civil, sendo de fácil conclusão, que os interesses dos menores estão em confronto com seus representantes legais, caso contrário não estariam institucionalizados, e o MP mobilizado para aplicar medidas protetivas.

No Estado do Rio de Janeiro é função institucional da Defensoria Pública atuar como curador especial, bem como, patrocinar a defesa dos interesses de crianças e adolescentes, como preleciona o dispositivo da Constituição Estadual abaixo transcrito:

“Art. 179 - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica integral e gratuita, a postulação e a defesa, em todos os graus e instâncias, judicial e extrajudicialmente, dos direitos e interesses individuais e coletivos dos necessitados, na forma da lei. (...)”

§ 3º - São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras que lhe são inerentes, as seguintes: (...)”

II - atuar como curador especial; (...)

V - patrocinar: (...)”

g) a defesa do interesse do menor e do idoso, na forma da lei;”(grifos nossos)

Cabe trazer à colação ainda, o disposto na Lei Complementar nº 06/77, acerca da atuação específica de Curadoria Especial pelos Defensores Públicos, senão vejamos:

“Art. 22 – Aos Defensores Públicos incumbe, genericamente, o desempenho das funções de advogado dos juridicamente necessitados, competindo-lhes especialmente:

X – Exercer a função de curador especial de que tratam os códigos de processo penal e **de processo civil**, salvo quando a lei a atribuir especificamente a outrem;” (grifei)

Outrossim, a legitimidade da curadoria especial não exclui a legitimidade do Ministério Público para o requerer aplicação de medidas protetivas a autoridade judiciária competente, nos termos do artigo 201, parágrafo primeiro, c/c artigo 206, todos da lei 8069/90.

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 tem 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.

Não basta um Órgão Estatal com competência Constitucional, para agir nos casos de desrespeito as normas positivas vigentes, e ingressar com ação correspondente; é mister o atendimento individual de cada criança institucionalizada, para que haja o efetivo reconhecimento dos interesses do menor.

Neste contexto, independentemente de rótulos ou nomenclaturas jurídicas, entendo como primordial a nomeação de Curador Especial, dos Defensores Públicos atuantes junto CDEDICA, que já possuem a missão de velar pelos interesses objetivos e subjetivos do menor institucionalizado, ou em situações assemelhadas e de risco moral e físico.

Saliente-se, ainda, que a prestação de atendimento, “in loco”, às crianças e adolescentes institucionalizados nas unidades de Abrigo, bem como, a realização do primeiro atendimento, propositura e acompanhamento de ações que versem sobre a defesa dos direitos das crianças e adolescentes representam o estrito cumprimento das atribuições funcionais nos termos do artigo 3º, incisos II e III, da Resolução DPGE n.º 230, de 04 de fevereiro de 2003.

Outrossim, a mera existência de procedimento de representação administrativa em que se pretende a responsabilização da família, não implica em ilegitimidade da atuação da Curadoria Especial que pretende movimentar a rede de assistência aos direitos da criança/adolescente e não a responsabilização das famílias empobrecidas.

Assim, seria extremamente valiosa para o reconhecimento da presente atuação institucional, a expedição de recomendação acerca da imprescindibilidade da nomeação de curador especial, mormente, à crianças e adolescentes institucionalizados em razão da aplicação da medida protetiva de abrigo, observadas as hipóteses legais.

Ressalte-se, o que se extrai dos Enunciados aprovados no VII Encontro de Juízes da Infância, Juventude e do Idoso, realizado de 27 à 29 de Junho de 2008, abaixo transcritos:

(...)3-Inerte o Ministério Público quanto à propositura de Ação de Destituição do Poder Familiar, poderá a Defensoria Pública, na qualidade de Curadora Especial, ingressar com referida ação.(...)"

Ou seja, os próprios Magistrados que atuam diretamente com os Juizados da Infância e Juventude, incluem a Defensoria Pública como parte complementar da atuação do MP, com a nomeação de Curador Especial.

Inexiste motivo para se engessar o trabalho da Defensoria Pública, por isso que nesta Sociedade dinâmica que hoje vivemos, a agregação de forças, permitirá a mais rápida evolução da assistência aos menores, os quais terão seus interesses melhor preservados por este somatório de forças destas Instituições fundamentais no Estado Democrático de Direito, quais sejam o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Também há que se enfatizar que, tendo tido o Estado do Rio de Janeiro a primazia de instituir a Defensoria Pública no País, e hoje ser está um exemplo a ser seguido por outras unidades da Federação, por constituir um órgão que prevê atendimento "in loco" aos menores institucionalizados, não vislumbro razão, a não ser um dogmatismo exacerbado, para que tal órgão não atue na missão constitucional e legal que lhe foi atribuída e atenda estes menores tão carentes, como bem demonstrado no voto da eminente Des. Cristina Tereza Gaulia, nos autos do agravo de instrumento n.º 2008.002.25921, ao reconhecer a necessidade de nomeação de curador especial nos autos de destituição do poder familiar proposta pelo Ministério Público, a saber:

“ Cabe aqui esclarecer que a quase totalidade das crianças e adolescentes pobres no Brasil desconhecem seus direitos constitucionais ou infraconstitucionais, quiçá desconhecem por completo serem sujeitos de direito ou o que seriam direitos afinal.

De tal sorte, a norma que garante o acesso da criança e do adolescente à Justiça, ao Judiciário e à ampla defesa de seus interesses, pode então ser encarada de duas formas.

A primeira que enxerga no dispositivo uma ficção, qual seja: que a criança ou adolescente, percebendo que seus direitos ou alguns deles estariam sendo violados, procura por conta própria, o órgão da Defensoria e, relatando seus problemas pessoais, e após competente agendamento, recebe a assistência que a lei lhe garante.

A segunda forma vê, ao contrário, a necessidade de uma presença proativa da Defensoria Pública, nas comunidades e nos abrigos, conhecendo as crianças e adolescentes abrigados ouvindo-lhes as histórias de vida, informando- as de seus direitos e instruindo- os da garantia de amplo acesso à Justiça e do atendimento gratuito a que todos têm direito.

Tal atendimento personalizado foi organizado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, recentemente, por resolução de sua Procuradoria Geral (Res. DPGE nº 230 de 04/02/03), esta que criou a Coordenadoria dos Direitos da Criança e do Adolescente (CDEDICA), através da qual os Defensores executam a prestação e atendimento in loco às crianças e aos adolescentes institucionalizados nas unidades de abrigo e atuam realizando o primeiro atendimento propositura e acompanhamento de ações que versem sobre a defesa dos direitos desses.

Tal Coordenadoria foi criada, não para usurpar atribuições do Ministério Público ou para dificultar as ações ministeriais em prol das crianças e dos adolescentes, mas para concretiza o direito destas de acesso à Justiça. (...)”

Impressiona a manifestação quanto a atuação positiva da Defensoria Pública quando entidade que exerce função estatal, a decisão do c. STF nos autos da Medida Cautelar 2.280-1/RJ, prolatada pela Exma. Ministra Relatora Cármen Lúcia, “in verbis”:

“De se enfatizar que a proteção a criança e ao adolescente compõe o mínimo existencial, de atendimento estritamente obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais. O mínimo existencial afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da

civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos.”

Tal doutrina afirma o valor da criança como ser humano e, assim, sujeito de direitos; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; seu valor como portadora da continuidade de sua espécie e reconhece, ainda que de forma implícita, a sua vulnerabilidade.

A regulamentação da norma constitucional foi efetivada através da edição da Lei 8.069, em 1990, reconhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação que não mais faz menção à figura do Curador de Menores, passando apenas a prever em seu art. 200, que “as funções do Ministério Público, previstas nesta Lei, serão exercidas nos termos da respectiva Lei Orgânica”.

Assim, por oportuno, passa-se a enfrentar a questão pertinente às funções institucionais do Ministério Público, trazendo à baila as palavras do Promotor Hugo Nigro Mazzilli que ao comentar o art. 200 do ECA nos ensina que:

“ Mas, afora a atuação na área criminal, a única sobre a qual conserva a Instituição exclusividade quanto à legitimação para agir em juízo, outras relevantes atribuições tem o Ministério Público, seja na área institucional em geral, seja especificamente na área cível, sobre as quais não tem nem convém que tenha exclusividade de agir, porque aqui o titular do interesse material não é o Estado, mas a coletividade como um todo”.(o grifo é meu)

Prossegue o renomado doutrinador, quando distingue, quanto à natureza, as funções típicas e atípicas do Parquet:

“Dentro da destinação institucional que lhe reservam as leis, o Ministério Público atua mais freqüentemente em funções típicas, ou seja, em funções intrinsecamente próprias ou peculiares a instituição, à sua natureza: é o caso da ação penal pública (CF, 129, I), da

promoção da ação civil pública (CF, 129, III), do zelo de interesses de interesses sociais ou individuais indisponíveis (CF, 127) etc.

Contudo, já houve, e em certos casos ainda há, funções outras cometidas ao Ministério Público de caráter atípico, como a advocacia da Fazenda, hoje vedada à Instituição (CF, art. 129, IX); como a supletiva prestação de assistência judiciária aos necessitados (LC 40/81, art. 22, XIII) e aos reclamantes trabalhistas (CLT, art. 477, § 3º; Lei 5.584/70); como a substituição da vítima pobre nas ações cíveis ex delicto (CPP, art. 68), hoje atribuição prioritária das defensorias públicas.

A tendência atual certamente consiste, a nosso ver, no esvaziamento das funções atípicas: a Fazenda tem seus advogados, que devem defender seus interesses patrimoniais (CF, 129, IX, 131, e art. 29, § 5º do ADCT); **ainda está sendo implantada a Defensoria Pública**, cujo dever constitucional consiste em prestar assistência jurídica aos necessitados (CF, art. 134).¹”(grifo nosso²)

No que tange à titularidade de função desempenhada pelo Ministério Público, ainda esclarece:

“Vistos, em linhas gerais, os pontos distintivos entre as funções típicas e atípicas, agora resta examinar a distinção fulcrada na titularidade da função, ou seja, se ela é exclusiva ou não. Quanto à titularidade de função desempenhada pelo Ministério Público, **podemos apontar aquela que lhe é exclusiva (apenas e tão-somente a promoção da**

ação penal pública, distinguindo-a das demais, todas estas concorrentes com outras pessoas ou órgãos”³.(o grifo é meu)

O argumento de que nos feitos em que atua o Ministério Público como parte ou como custos legis é desnecessária a atuação da Curadoria Especial não merece prosperar porque quando atua como parte, atua no interesse do substituído ou no interesse público e como “custos legis”, o Ministério Público deve atuar no sentido de estrita observância da lei ainda que tal atuação contrarie os interesses da criança/adolescente, senão vejamos:

“ Processual civil. Ministério Público. Atuação como “custos legis” em ação de investigação de paternidade. Legitimidade para recorrer.

RECURSO ESPECIAL N.º 172.968/MG

REL.: MIN. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR

EMENTA

I. A legitimidade do Ministério Público para apelar das decisões tomadas em ação de investigação de paternidade, onde atua na qualidade de custos legis (CPC, art. 499, parágrafo 2.o), não se limita à defesa do menor investigado, mas do interesse público, na busca da verdade real, que pode não coincidir, necessariamente, com a da parte autora.

II. Destarte, decretada em 1.º grau à revelia do investigado, mas sem que qualquer prova da paternidade ou elementos de convicção a respeito tenham sido produzidos nos autos, tem legitimidade e interesse em recorrer da sentença o Ministério Público.

III. Recurso especial conhecido e provido, para determinar o processamento da apelação do parquet.

(STJ/DJU de 18/10/04, pág. 279)

Daí, nessa situação, a revelia do investigado não exclui ou impede a intervenção do parquet, que não se restringe à defesa do interesse do menor. Ele defende o interesse público. E esse interesse público prevalece sobre o particular, quer seja do investigante ou do investigado. ”

Como fiscal da lei, a atuação ministerial ora fiscaliza a forma processual, pugnando pela aplicação dos princípios processuais ora defendendo o incapaz, 'uma vez que, habitualmente, a defesa desta é débil, porquanto outrem (o seu representante) é quem atua em seu nome. Imprescindível, portanto, que o Estado supra essa inferioridade processual, defendendo ele próprio o incapaz, com o que o equilíbrio exigido no contraditório (no due process of law) ficará atendido' (Manual de Direito Processual Civil, José Frederico Marques, Ed. Saraiva, 1.º vol., pág. 289), ora defendendo interesse de ordem pública, ou direitos indisponíveis, pondo em destaque aquilo que vai de encontro ao interesse público, ativando o processo, suprindo a inércia das partes, ou impedindo avenças ocultas em fraude à lei nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade, ora como parecerista ou "órgão judicial consultivo, técnico, podendo externar o que pensa pró ou contra quaisquer comunicações de vontade feitas ao juiz' (Comentários ao CPC, Pontes de Miranda, Forense, Tomo VII, pág. 71).

Conclui a d. Ministra Carmem Lucia, e faço questão de grifar, “in verbis”:

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 Arts. 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.(o grifo é meu).

A mera existência de procedimento de representação administrativa em que se pretende a responsabilização da família, não implica em ilegitimidade da atuação da Curadoria Especial que pretende movimentar a rede de assistência aos direitos da criança/adolescente e não a responsabilização das famílias empobrecidas.”

No que tange à defesa dos direitos da criança e do adolescente, é notória a distinção da atuação da Defensoria Pública, na qualidade de Curador Especial, e do Ministério Público. Senão vejamos:

O art. 141, caput, do Estatuto prevê a garantia do acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.

No que diz respeito à Defensoria, quando tal dispositivo garante o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, afirmando que a assistência judiciária gratuita será prestada aos que dela necessitarem, através de Defensor Público, ele está por demonstrar sua conotação constitucional frente à norma descrita no art. 134 da CRFB, esvaziando a função de caráter atípico do MP, antes prevista no art. 22, XIII, da LC 40/81.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece que criança/adolescente não é mais objeto de tutela, conforme estabelecia o Código de Menores, mas sim sujeito de direitos, e como tal, a norma legal previu a nomeação de Curador Especial para atuar em prol dos seus interesses, como reflexo da garantia do acesso de toda criança ou adolescente ao Poder Judiciário.

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 (art. 202 do ECA), ainda assim, o legislador previu, de forma expressa e imperativa (nos arts.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.**

Art. 142. Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual.

Parágrafo único. A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.

Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

F) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente;

É notório que a principal causa que motiva o abrigamento da expressiva parcela das crianças e adolescentes encontradas nas instituições de abrigos está relacionada à pobreza e que o prolongamento da permanência nas instituições de abrigo diminui substancialmente as possibilidades de retorno à família de origem ou encaminhamento para adoção, dentre outros aspectos, em virtude do enfraquecimento dos vínculos com a família de origem e a dificuldade de se realizar as adoções de crianças maiores e de adolescentes no Brasil, por isso se faz necessário o atendimento prioritário das crianças e adolescentes que sejam retirados de seu convívio familiar.

A necessidade de atuação da Curadoria Especial em concomitância com a atuação ministerial nos feitos afetos à infância e juventude foi expressamente reconhecida pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conferindo-se à criança status de sujeito de direitos, como se depreende, “in verbis”:

“ Medida Cautelar - 016228, Rel. Min. HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO, Publicação 13/11/2009 :

“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 autor-recorrente 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 art. 542, § 3º, do CPC, como bem decidido pela Corte de origem.

Com efeito, é pacífica a orientação desta Corte Superior quanto a 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, Segunda Turma, DJ de 12 de setembro de 2008 e AgRg na MC 14.053/RS, RELATOR MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ de 28 de agosto de 2008 (...)" (STJ - AgRg na Pet 7458 / RJ - MINISTRO BENEDITO GONÇALVES - DJe 09/10/2009).

"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 nº 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 art. 9º, I, do Código de Processo Civil 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. - p. 105. 2009).

De outra parte, o art. 134 da Constituição Federal que disciplina a atuação da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, prescreve em seu § 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 nº 80/94 que, depois de alterada pela LC nº 132/09, passou a determinar em seu art. 4º, incisos XI e XVI, que:

"Art. 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 art. 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 composta 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 (art. 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 art. 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 art. 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 - Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO - DJ 17/12/1999 p. 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 art. 542, § 3º do Código de Processo Civil, INDEFIRO DESDE LOGO A MEDIDA CAUTELAR, JULGANDO-A EXTINTA SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO, com fundamento no art. 267, VI do Código de Processo Civil c/c as disposições do art. 288, caput, c/c art. 34, inciso XVIII do RISTJ. (C 016228, Rel. Min. HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO, Publicação 13/11/2009 – sem grifos no original).

Cabe enfrentar o argumento de que a nomeação de curador especial atrasaria ou tumultuaria o curso do processo.

Tal premissa se olvida que o Juízo competente aferirá a medida protetiva mais adequada dentre as aplicáveis, valendo-se de estudo social para verificar a história familiar da criança e suas necessidades, portanto, o Magistrado manterá o controle da efetiva proteção do menor, e o regular andamento do feito, inclusive, tomando as medidas cabíveis, se julgar a ocorrência de excessos pelas partes.

Aliás, não se vislumbra em qualquer dos processos nos quais foi garantido a Defensoria Pública, no caso os Defensores Públicos do CDEDICA, qualquer tumulto processual, ao contrário, os feitos transcorreram normalmente, com os interesses dos menores amplamente garantidos, por isso que vários são os Magistrados Menoristas que já adotam tal entendimento.

O que não se pode admitir é que prerrogativas funcionais dos Defensores Públicos, sejam desrespeitadas, por isso que são Agentes do Estado cumprindo missão Constitucional.

Aqui me permito uma pausa para lamentar a forma como a Juíza Monocrática exarou a resposta do Mandado de Segurança fls. 49 usque 58, o que motivou pedido da Defensoria Pública ao Des. Relator de suprimir as expressões injuriosas ali contidas - fls. 178, as quais realmente estão um tom acima do desejável para uma d. Magistrada, a qual s.m.j. tomou para si como questão pessoal, e não a simples aplicação do direito ao caso concreto.

Impedir de forma arbitrária que Advogados ou Defensores Públicos tenham acesso aos autos, não podendo se olvidar que o segredo de Justiça é exceção e deve ser decretado, mas mesmo aqueles processos que correm em sigilo, constitui prerrogativa da Defensoria Pública o livre acesso aos autos independente de nomeação, como se depreende do disposto no artigo 89, inciso VIII da lei complementar 80/94, “in verbis”:

“São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e territórios (...) VI - ter vista pessoal dos processos fora dos cartórios e secretarias, ressalvadas as vedações legais (...) VIII - examinar em qualquer repartição autos de flagrante inquéritos e processos.”

O Inciso XII do artigo 87 da lei Complementar Estadual 06/77 determina que os Defensores Públicos, estejam ou não no exercício

da função de curador especial, viabilizem as providenciais necessárias AP exercício de suas atribuições

Registre-se que o foco do Mandado de Segurança que deu origem a presente Uniformização de Jurisprudência, reside no indeferimento pela Juíza Monocrática a vista dos autos de determinadas ações, a saber: 2007.206.006988-1, 2007.206.000651-2, 2008.2006.004312-2, 2007.710.000651-2, 2008.206.004304-3 e 2007.206.006077-4, as quais se referem a sete irmãos, com idades entre 02 e 17 anos, filhos de Nilma Fátima Reis, com seis genitores diferentes (fls. 03 (4º apenso) a qual tem seu Pátrio Poder discutido, além de representação administrativa para ser aplicada na forma do art. 249 do ECA.

Nilma de Fátima Reis, ora relata que trabalha como faxineira ora como entregadora de panfletos, somente retornando a casa nos finais de semana, contudo, segundo sua versão - fls. 189, (5º apenso) foi impedida de entrar na Comunidade Cesário, pelos traficantes do local, pelas dívidas que seu último companheiro deixou com os mesmos. O importante é que dos sete irmãos cinco encontram-se abrigados e dois mais velhos ainda com a mãe, mas com Mandado de Busca e apreensão expedido pelo Juízo monocrático - fls. 180 (4º apenso).

Tais menores viviam em condições sub-humanas, morando onde corre esgoto a céu aberto, tendo os mais velhos anotações infracionais por crimes de furto, e, os mais novos saíam de casa para pedir esmolas nos semáforos.

Destacando que a menor Ingrid (dois anos de idade) deu entrada no Hospital Pedro II, levada pela irmã mais velha Tatiane (dezessete anos de idade), apresentando quadro de anemia profunda e escabiose (sarna), em decorrência do abandono em que vivia.

Alguns dos irmãos agora vivem sob tutela do projeto “família acolhedora”, enquanto outros estão em abrigos, ou seja, separados, e com suas vidas completamente desorganizadas, com aliás sempre foi a triste realidade dos mesmos.

Ocorre que a Defensoria Pública através do CDEDICA, atuando, “ in loco” junto as unidades de abrigo desejou ter vista dos autos, para atuar atendendo os interesses deste menores, no que foi impedida pelo Juízo “a quo”, sendo impedida de ter vista dos autos, consoante decisão,

“in verbis”: “pelos processos correrem em segredo de justiça, (...) e o CDEDICA não representa qualquer das partes deste processo”.

Tal decisão, “data vênia” arbitrária, pois viola prerrogativa de função da Defensoria Pública, a qual, apenas desejava ter vista dos autos, a fim de conferir a situação jurídica dos menores que foram ouvidos nos abrigos pelos Defensores Públicos, os quais patente, tem seus “interesses processuais” colidindo com os de seus representantes legais, impulsionou a Defensoria Pública a impetrar o “Writ” para ter acesso aos autos, e poder a luz do que consta no mesmo, exercer a função que lhe garante a Carta Magna.

Destarte, percebe-se a importância do trabalho deste setor da Defensoria Pública, que trabalha junto aos abrigos de menores, não sendo admissível que sua atuação seja ceifada, por divergências em relação a que papel processual lhe cabe, pois quando vemos os casos concretos, percebe-se que a missão é simplesmente dar assistência aos desfavorecidos, abandonados, que poderão ter voz, na figura dos Defensores Públicos, os quais, representam os interesses dos menores institucionalizados, nos termos do art. 9º do CPC e 142, parágrafo único do ECA, artigo 148, parágrafo único da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e, principalmente ser a medida que melhor atende os interesses de proteção a sociedade.

Neste sentido, trago o ensinamento do i. Procurador de Justiça, e doutrinador, no livro "Guarda, Tutela e Adoção" de autoria de José Maria Leoni Lopes de Oliveira, editora “Lumen Juris”, “in verbis”:

“O art. 9º do CPC determina que o Juiz sempre dará curador especial, sempre que não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele. Por outro lado o Juiz da Infância e Juventude é competente para designar curador especial nos casos de procedimento Judicial nos casos em que haja interesses de menores ou adolescentes (art. 148 parágrafo único , letra “f” do ECA).

Ora, na adoção poderá ocorrer sempre, a em tese, a colidência de interesses do menor e de seus Pais de sangue. Suponha-se que o réu não conteste o pedido, mas pelo contrário, o reconheça, mesmo havendo prejuízos para o menor. Por outro lado, podem os pais contestar o pedido, apesar de não terem condições de criar e educar o menor, e a adoção representar reais vantagens para o adotando (art. 43 ECA). Nestas hipóteses, são evidentemente colidente os interesses dos Pais com o menor. Portanto, a necessidade de nomeação de curador especial no procedimento de adoção”.

Em síntese: existe a legislação que autoriza a nomeação da Defensoria Pública como curador especial, aos menores institucionalizados, sendo prerrogativa de função ter acesso a processo judicial e administrativo, que atinjam crianças e adolescentes nesta situação. Existe um núcleo da Defensoria Pública preparado para tal, que almeja poder bem desempenhar sua função institucional, que não podemos continuar a minimizar ou ignorar. Existe decisão do c. STF garantindo a Defensoria Pública o papel de curador especial. Inexiste violação as atribuições do MP, ao contrário, sua função apresentar-se-á plenamente irmanada com as da Defensoria Pública, sem qualquer colidência de atribuições, mas valorizada com a atuação da Defensoria Pública, cabendo especialmente ao “Parquet” tomar as medidas protetivas aos menores, inerentes a sua função. E pelo aspecto social, os menores abrigados, que tem interesses e se sujeitos de uma relação processual, ficarão mais bem assistidos.

Portanto, temos uma diretriz a seguir, e esta prosseguirá em consonância com a evolução do Direito, principalmente no que tange a proteção máxima da Criança e do Adolescente, que serão atendidos em seu valor máximo de pessoas de direitos e deveres, dignidade e honra, como seres humanos como previsto na Constituição da República de nosso País, consoante o art. 227 da Carta Magna de 1988.

Ressalte-se, estar se tratando de **INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E NÃO DE SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE**, os quais pelo menos até hoje, têm previsões e atributos completamente distintos no Regimento Interno deste e. TJRJ.

Filtrando todos os fundamentos do referido mandado de segurança se extrai como âmago dois tópicos principais: 1) a nomeação de curador especial no caso de menores institucionalizados. 2) a quebra da prerrogativa de funções da Defensoria Pública que s.m.j esta sendo obstruída pelo Juízo da 2ª Vara da Infância e Juventude de Santa Cruz.

A máxima que carrego desde meus tempos do Instituto de Educação, Professora de Português da Rede Municipal de Ensino e Juíza

deste e. TJRJ, a de que quanto mais Estudo: **“tudo que sei é que nada sei”**
Platão “in”: “Apologia de Sócrates”,

A legislação correlata deste instituto tem precisão na legislação infraconstitucional, no art. 476 usque 479 do CPC:

TÍTULO IX
DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS

CAPÍTULO I
DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.

Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

O regimento interno deste e. TJRJ disciplina a UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA em seu capítulo VI artigos 119 e 120, em quanto que a Súmula de Jurisprudência dominante, no capítulo VII nos artigos 121, 122 e 123.

Capítulo VI - Da Uniformização da Jurisprudência

Art.119 - Admitindo, nos casos previstos em lei, o pronunciamento prévio do Órgão Especial ou da Seção Criminal sobre a interpretação do direito, ser-lhe-ão remetidos os autos, para o processamento do incidente, ficando sobrestado o julgamento.

§ 1º - Como relator do incidente funcionará o do acórdão em que for suscitado, salvo se não integrar o Órgão Especial, em hipótese de competência deste, caso em que se procederá à distribuição.

§ 2º - A Procuradoria Geral de Justiça terá vista dos autos por 10 (dez) dias, para emitir parecer. § 3º - Na sessão de julgamento, admitida a sustentação oral pelas partes, terão preferência na votação, após o relator, os Desembargadores que, integrando o Órgão Julgador, houverem lavrado quaisquer dos acórdãos indicados como divergentes, na ordem das respectivas datas.

§ 4º - A Secretaria extrairá cópias do acórdão, bem como as declarações de votos vencedores e vencidos, para arquivamento, remetendo, aos integrantes do Órgão Julgador, cópia da ementa e das conclusões do julgado.

§ 5º - Devolvidos os autos ao Órgão que tiver suscitado o incidente, independentemente da publicação do acórdão, o feito será incluído na pauta da 1ª (primeira) sessão subsequente e julgado de acordo com a interpretação vencedora;

Art.120 - O Incidente de Divergência previsto no art. 555, § 1º do Código de Processo Civil, suscitado pelos Desembargadores participantes do julgamento na Câmara, acarreta a suspensão do julgamento do recurso com a remessa dos autos ao Órgão Especial mediante regular distribuição;

§ 1º - No julgamento em que foi suscitado o Incidente de Divergência, a relevante questão de direito necessariamente será referida na fundamentação do acórdão, com expressa menção aos julgados conflitantes;

§ 2º - Como relator do Incidente funcionará o do acórdão em que foi suscitado, salvo se não integrar o Órgão Especial, caso em que se procederá à distribuição;

§ 3º - A Procuradoria Geral de justiça terá vista dos autos por 10 (dez) dias, para emitir parecer;

§ 4º - Verificando o relator a evidente falta de interesse público ou tratar-se de reiteração do incidente, devolverá, por decisão monocrática, o julgamento do recurso ao órgão fracionário;

§5º - Com o relatório, o incidente será incluído em pauta. Na sessão de julgamento, admitida a sustentação oral pelas partes, terão preferência na votação, após o relator, os divergentes, na ordem das respectivas datas;

§ 6º - Reconhecido o interesse público na assunção de competência e julgado, com direito a sustentação oral pelas partes;

Capítulo VII - Da Súmula da Jurisprudência Predominante

Art.121 - Serão incluídas na Súmula de Jurisprudência Predominante do Tribunal, por ordem cronológica, as ementas dos acórdãos que, nos incidentes de uniformização de jurisprudência e de divergência, corresponderem a interpretações vencedoras pelo voto da maioria absoluta dos integrantes do Órgão Especial; Parágrafo único - O Presidente do Tribunal, de ofício ou, se for o caso, mediante comunicação do Presidente da Seção Julgadora, mandará publicar no órgão oficial as proposições incluídas na Súmula, com os respectivos números.

Art.122 - Poderá também ser incluída na Súmula, por iniciativa do Órgão Especial, da Seção Criminal e do Centro de Estudos e Debates, a tese uniformemente adotada, na interpretação de norma jurídica, por decisões reiteradas dos Órgãos do Tribunal; Resolução nº 07/2011 do E. Órgão Especial de 31/01/2011 § 1º - O Desembargador que propuser a inclusão na Súmula justificá-la-á perante o órgão competente, tomando-se o voto de todos os membros presentes, na ordem decrescente de antiguidade, a partir do proponente. § 2º - Considerar-se-á aprovada a proposta que obtiver o voto da maioria absoluta dos integrantes do Órgão, procedendo-se em seguida na forma do artigo 121, parágrafo único. § 3º - As indicações de inclusão, revisão ou cancelamento em Súmula feitas pelo Centro de Estudos e Debates decorrerão de propostas aprovadas em encontros de Desembargadores com o patamar de 70% dos presentes e ratificadas pelo Órgão Especial. Resolução nº 07/2011 do E. Órgão Especial de 31/01/2011

Art.123 - Ainda que reconhecida divergência, na interpretação do direito, entre Órgãos do Tribunal, se a respeito já houver proposição incluída na Súmula, o incidente poderá ser rejeitado de plano pelo Órgão perante o qual venha a ser suscitado.

A nomeação de Curador Especial ao encargo dos Defensores Públicos, no caso em espécie, tem como premissa quatro normas:

1ª) art. 227 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, **além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.** (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

2ª) - artigo 148, 'f' do ECA:

Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente

3ª) Art. 9º do CPC:

Art. 9º - O juiz dará curador especial:

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

DESTACO:

4ª) art. 181 da Constituição Estadual, conjugado com os art. 22 da Lei complementar Estadual 06/77 c/c art. 108 da Lei Complementar Federal 80/94.

Art. 181 - Lei Complementar disporá sobre a organização e funcionamento da Defensoria Pública, bem como sobre os direitos, deveres, prerrogativas, atribuições e regime disciplinar dos seus membros, observadas, entre outras:

Art. 22 – Aos Defensores Públicos incumbe, genericamente, o desempenho das funções de advogado dos juridicamente necessitados, competindo-lhes especialmente:

X – exercer a função de curador especial de que tratam os códigos de Processo Penal e de Processo Civil, salvo quando a lei a atribuir especificamente a outrem;

Art. 108. Aos membros da Defensoria Pública do Estado incumbe, sem prejuízo de outras atribuições estabelecidas pelas Constituições Federal e Estadual, pela Lei Orgânica e por demais diplomas legais, a orientação jurídica e a defesa dos seus

assistidos, no âmbito judicial, extrajudicial e administrativo. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Parágrafo único. São, ainda, atribuições dos Defensores Públicos Estaduais: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

I – atender às partes e aos interessados; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

III – certificar a autenticidade de cópias de documentos necessários à instrução de processo administrativo ou judicial, à vista da apresentação dos originais; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

IV – atuar nos estabelecimentos prisionais, policiais, de internação e naqueles reservados a adolescentes, visando ao atendimento jurídico permanente dos presos provisórios, sentenciados, internados e adolescentes, competindo à administração estadual reservar instalações seguras e adequadas aos seus trabalhos, franquear acesso a todas as dependências do estabelecimento independentemente de prévio agendamento, fornecer apoio administrativo, prestar todas as informações solicitadas e assegurar o acesso à documentação dos assistidos, aos quais não poderá, sob fundamento algum, negar o direito de entrevista com os membros da Defensoria Pública do Estado. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

A evidência que ao Magistrado cabe aplicar a norma ao caso concreto, e ao fazê-lo não deve se afastar da evolução, permanente, da sociedade, tornado a missão do Julgador um constante ofício de aprendizado, para fazer Justiça, principalmente, em razão da sofrível técnica legislativa atual.

Daí, mais importante do que números de acórdãos favoráveis, ou não, a tese adotada, é o debate quanto ao Direito que envolve a presente uniformização, e, a necessidade de evolução deste Tribunal quanto ao tema que há de prevalecer.

No direito anglo-americano a jurisprudência não é intocável. Ao contrário, **a evolução mais recente é no sentido de uma progressiva flexibilização. O próprio Tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro trata-se do instituto denominado de “overruling”,** importado juntamente com a “disttinguishing” (quando o Tribunal ou qualquer Juízo inferior deixa de aplicar o precedente, se alguma circunstância fundamental caracterize o novo caso como distinto do anterior) para o Direito Brasileiro, principalmente no Pretório Excelso em sede de Mandado de Segurança.

Segundo a lição de Leonardo Grecco:

“Isso serve para mostrar que a eficácia prospectiva (vinculante ou persuasiva) da jurisprudência não se estratifica em uma regra absoluta e estática. De um lado, ela nunca se desprende dos casos concretos que a originaram, sendo justamente as circunstâncias que os caracterizam como relevantes que servem para identificar os casos confrontados. Por isso, a pesquisa jurisprudencial deve sempre ir a busca de um caso exatamente sobre o mesmo ponto, para daí extrair a aplicação da mesma solução jurídica. Para esse fim, não basta a invocação de uma súmula formulada através de um enunciado genérico, sendo necessário comparar os casos concretos, porque somente diante de situações fáticas basicamente idênticas é que se pode aplicar a mesma regra jurídica.

Por outro lado, assim compreendida, a jurisprudência não engessa o ordenamento jurídico, porque, diante de novas necessidades sociais, ela ajuda a evidenciar as diferenças, impulsionando o Judiciário a evoluir, não se apegando a fórmulas ou paradigmas ultrapassados. A estabilidade e a continuidade dinâmicas do direito, tão bem ressaltadas por CASTANHEIRA NEVES como típicas da common law[7] [7] A Castanheira Neves, O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais, Coimbra editora, 1983, pág.669., assim se complementam, impulsionadas pela liberdade e pela criatividade dos juízos e tribunais inferiores. (Parte de artigo publicado em (www.mundojuridico.adv.br) - GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. Disponível na Internet publicado em 20.11.2003.)

Destarte, passados mais de vinte anos da vigência do ECA, é chegada a hora, principalmente, com o advento da lei 12.010/09, dar efetivação de seus dispositivos, dentre eles a nomeação de Curador Especial por parte dos Defensores Públicos, como previsto no art. 142 parágrafo único que tem plena ressonância com o melhor para o interesse da criança, a qual se garante atendimento prioritário e plena assistência Jurídica (CF art. 227 § 3º inc. VI).

Não há que se falar em sobreposição de funções entre Ministério Público e Defensoria Pública, e sequer qualquer “tumulto” processual por isso que atuando conjuntamente e irmanados, como personagens distintos, e dentro dos legais limites de suas funções institucionais, com a “manta protetora” do Juízo Menorista para fixar e garantir tais limites, no melhor interesse dos menores.

A ação conjunta das Instituições bem como a necessidade da nomeação de Curador Especial ao encargo da Defensoria decorre da hermenêutica de vários dispositivos do ECA que agora destaco (texto em itálico):

art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento **e como sujeitos de direitos civis**, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. *Patente que o legislador coloca a criança como sujeito de direitos, os quais devem ser representados, então se os direitos da criança colidirem com os de seus representantes legítimos (pais) deve ser nomeado curador para garantir tais direitos.*

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio. *Cediço que é função constitucional da Defensoria Pública a assistência aos juridicamente pobres, e em consequência cabe a esta Instituição atender as crianças e adolescentes em Juízo.*

Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente. *Neste dispositivo fica patente a atribuição do Ministério Público, não é exclusiva, e muito menos restritiva a demais Instituições, por isso que o legislador coloca que é dever de todos, chamando maior numero de Instituições para atender os interesses dos menores.*

Art. 86. **A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais**, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. *Ora! O próprio texto legal determina **conjunto articulado de ações**, demonstrando a efetiva participação de todos na garantia da proteção de crianças e adolescentes.*

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; *Aqui temos um ponto crucial para a evolução do direito a ser aplicado, por isso que as medidas de proteção devem ser aplicadas sempre que os direitos forem ameaçados ou violados por omissão ou abusos do pai ou responsável. Ora! Se os próprios pais e representantes violam os direitos da criança, “GRITA” o legislador pela aplicação do art. 9º inc. I do CPC, com a devida nomeação de curador especial para representar os direitos da criança ou adolescente que não estão sendo devidamente representados.*

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

§ 2º Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público OU de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa. Percebe-se a determinação do legislador em não atribuir competência exclusiva do MP a deflagração da ação, mas garantido a quem tenha legítimo interesse a também fazê-lo, sendo certo que a conjugação “ou” tem aspecto alternativo.

Art. 141. É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.

§ 1º. A assistência judiciária gratuita será prestada aos que dela necessitarem, através de defensor público ou advogado nomeado.

Art. 142. Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual.

Parágrafo único. A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus

pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual. ***Este dispositivo legal é a viga mestra de todo embasamento jurídico que norteia a uniformização de jurisprudência em questão, pois a criança tem o direito de ter nomeado curador especial quando desassistida por seus representantes, e tal Curadoria deve ser encargo da Defensoria Pública, consoante expressa determinação legal (vide art. 9º do CPC c/c art. 22 inc. X da LC 06/77). Não pode o mesmo MP que pretende a destituição do poder familiar dos pais, servir como curador dos interesses da criança, porquanto em papéis processuais patentemente distintos e com interesses conflitantes como já explanado no voto anterior.***

Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

I - conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis:

f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente. Neste dispositivo a hermenêutica, demonstra concretamente que se fosse função do MP ser nomeado curador especial o próprio legislador assim o definiria na alínea “f”, como fez constar as específicas atribuições em vários outros dispositivos, como exemplificado no inciso I do mesmo art. 148.

Art. 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. Mais uma vez a lei deixa clara a não exclusividade do MP no ajuizamento das citadas ações e a legitimidade do representante do menor para fazê-lo.

Registre-se que o próprio ECA determina quais as funções do MP previstas nesta lei como se depreende da leitura do artigo 201 e seus incisos.

Art. 200. As funções do Ministério Público previstas nesta Lei serão exercidas nos termos da respectiva lei orgânica.

Art. 201. Compete ao Ministério Público:

I - conceder a remissão como forma de exclusão do processo;

II - promover e acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes;

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

IV - promover, de ofício ou por solicitação dos interessados, a especialização e a inscrição de hipoteca legal e a prestação de contas dos tutores, curadores e quaisquer administradores de bens de crianças e adolescentes nas hipóteses do art. 98;

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal;

VI - instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar;

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;

c) requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas;

VII - instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude;

VIII - zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;

IX - impetrar mandado de segurança, de injunção e habeas corpus, em qualquer juízo, instância ou tribunal, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente;

X - representar ao juízo visando à aplicação de penalidade por infrações cometidas contra as normas de proteção à infância e à juventude, sem prejuízo da promoção da responsabilidade civil e penal do infrator, quando cabível;

XI - inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento e os programas de que trata esta Lei, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas;

XII - requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços médicos, hospitalares, educacionais e de assistência social, públicos ou privados, para o desempenho de suas atribuições.

Registre-se que no *mesmo capítulo das atribuições do MP o legislador teve o zelo de garantir que terceiros interponham ações cíveis. Como demonstra a exegese do art. 201 no § 1º “in verbis:*

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações cíveis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuserem a Constituição e esta Lei.

Art. 202. Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei, hipótese em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos e requerer diligências, usando os recursos cabíveis. *Este artigo merece especial atenção por isso que a atuação do MP fica garantida nos processos em não é parte, mas no caso em concreto, principalmente nas ações fruto da divergência entre as Câmaras deste Tribunal o “Parquet” já funciona como parte, seja na desconstituição do poder familiar ou em outras ações visando a proteção do menor, portanto, NÃO pode o MP ser nomeado curador especial, devendo tal encargo a defensoria publica, conjugando-se a regra dos artigos 142 e 206 do ECA, in verbis:*

Art. 206. A criança ou o adolescente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de justiça.

Parágrafo único. Será prestada assistência judiciária integral e gratuita àqueles que dela necessitarem.

Assim, a análise de tais dispositivos do ECA reforçam o entendimento, desta Relatora, que ao menor deve ser nomeado Curador Especial, a fim de garantir a representação dos interesses por isso que como sujeito de direitos deve ter garantido a efetivação de todos como disposto na Constituição Federal.

Considero a nomeação de curador especial a cargo da Defensoria Pública um passo a frente na aplicação efetiva do ECA, frente aos problemas sociais que as crianças e adolescentes enfrentam nas ruas, abrigos, famílias substitutas e até em seus próprios lares carentes, por isso que a atuação conjunta da Defensoria Pública e do MP, como aliás, registre-se, prevê o ECA, cria uma rede de proteção mais ampla atendendo os interesses destes menores.

Ressalte-se, e o faço de forma contundente que **NÃO SE TRATA DE AUTO NOMEAÇÃO** do curador especial, mas sim da nomeação judicial dentro dos ditames do devido processo legal, **exercida pelo Juízo competente examinando a especificidade de cada caso**, e respeitadas as prerrogativas de função tanto da Defensoria Pública como do Ministério Público, como a vista dos autos, fato que ensejou o feito presente, e o pleno exercício das funções institucionais.

Em que pese não considerar a questão de números de acórdãos servir de paradigma para qual a solução a ser aplicada, pois o melhor direito é o que deve prevalecer; não se pode deixar de enfrentar tal questão.

Contudo, não se pode olvidar que a maioria das decisões desfavoráveis, encontradas no sítio de jurisprudência deste e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, simplesmente, **não transitaram em julgado**, e, portanto, passíveis de modificação pela via recursal própria, e em consequência, não podem fazer número a tal estatística, pois sem força da coisa julgada.

Neste diapasão me vejo obrigada a lembrar que tanto o c. STJ nos votos do i. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (MC 16218/RJ) e a i. Min. Nancy Andrichi (MC 15919/RJ), e, também o c. STF nos autos da Medida Cautelar 2.280-1, da Exma. Ministra Relatora

Cármem Lúcia, se manifestaram pela necessidade de nomeação de curador especial a cargo da Defensoria Pública.

A nomeação do Defensor Público como Curador Especial atende o previsto no art. 9º inc. I do CPC c/c artigo 142 parágrafo único e art. 148 “f” do ECA, e, tal nomeação se faz necessária, principalmente, para garantir a efetividade da representação dos menores institucionalizados, eis que a Defensoria Pública atende “in loco” estes menores.

A nomeação dos Defensores Públicos tem o aspecto de garantir prerrogativas inerentes a função, que no caso do Mandado de Segurança gênese deste Incidente de Uniformização de Jurisprudência foram patentemente violadas, por isso que garantido em lei a vista dos autos aos Defensores Públicos, circunstância não ocorrendo pelo Juízo da Vara da Infância e Juventude de Santa Cruz. Daí, conclui-se, a imposição de vista dos autos já requerida pela Defensoria Pública.

Portanto, tais prerrogativas dos Defensores Públicos merecem ser resguardadas, e não pode o Mandado de Segurança em questão “data máxima vênia” no qual se discute a destituição do poder familiar de uma mãe com 8 filhos de maridos diferentes, e várias crianças com destinos incertos, ceifar o direito de estas crianças serem representadas e a atuação da Defensoria Pública limitada, pois tal fato revelaria um desprezo pela “ratio legis” do ECA e do que determina a Constituição Federal.

O “Parquet” continua com a primazia na proteção dos direitos das crianças e adolescentes, mas não pode tomar para si uma atribuição que mitiga a proteção dos menores institucionalizados.

Não se pode perder o foco que o ECA visa atender prioritariamente a proteção e os interesses dos menores, e faz questão de mencionar em vários de seus dispositivos **que tal proteção deve ser feita com a conjugação de forças, exatamente isto que se pretende nesta uniformização de jurisprudência.**

Em consequência, no presente caso, sugiro a súmula como se segue:

“Caberá ao Juiz da Vara da Infância e Juventude a nomeação de Curador Especial a ser exercida pelo Defensor Público a crianças e adolescentes, inclusive, nos casos de acolhimento institucional ou familiar, nos moldes do disposto nos artigos 142 parágrafo único e 148 parágrafo único “f” do Estatuto da Criança e Adolescente c/c art. 9 inciso I do CPC, garantido acesso aos autos respectivos.”

Rio de Janeiro, 04 de abril de 2011.

ELIZABETH GREGORY
DESEMBARGADORA RELATORA