

*Apelação. Defensoria Pública - Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente – CDEDICA. Direito da criança e do adolescente. A importância institucional da Defensoria Pública para a garantia do acesso à Justiça é indiscutível, sendo impossível pensar em efetividade da tutela de direitos sem uma assistência judiciária eficiente e combativa. Porém, o Princípio Republicano e o Estado Democrático de Direito exigem que cada instituição exerça as suas funções dentro dos limites que a lei e a Constituição da República lhes impõem, sob pena de sobreposição de ações e, pior, de funções exclusivas serem deixadas a descoberto.*

Autos nº 0013123-78.2010.8.19.0206

2ª Vara Regional da Infância, da Juventude e do Idoso – Santa Cruz

Agravantes: TSP e GSP, representadas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, através da CDEDICA

## **MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Egrégio Tribunal  
Colenda Câmara  
DD. Procurador de Justiça

Trata-se de ação de responsabilidade civil proposta pela Defensoria Pública, através da Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente – CDEDICA, em nome de TSP, nascida em 13/10/1999 (fl. 46), e GSP, nascida em 03/09/1998, contra o Município do Rio de Janeiro, com vistas a obter indenização por danos morais, em razão de alegada institucionalização prolongada das adolescentes.

Quanto aos fatos, narra a inicial, em síntese, que a Defensoria Pública, em 2008, através da CDEDICA, protocolou pedido de aplicação de medidas protetivas, autuado sob o número 2008.710.005107-6, e que da análise de tais autos pôde identificar que T esteve acolhida de 07/01/2004 até 29/01/2004,

quando foi reintegrada a família, e de 24/09/2004 até 13/10/2004, quando foi novamente reintegrada. Anos depois, em 14/03/2008, T volta a ser acolhida, dessa vez na companhia da irmã G. Após, em 22/12/2008, uma terceira irmã, que não figura no polo ativo, H, foi acolhida na mesma instituição, tendo as três fugido juntas em 17/01/2009. O último acolhimento noticiado é de 17/04/2009 até 09/08/2009.

A inicial menciona a existência de duas Representações por Infração Administrativa, de 2004 (autos nº 2004.710.005231-0 e 2004.710.006901-1), e uma ação de Destituição do Poder Familiar, de 2008, todas propostas pelo Ministério Público.

A inicial relata, por fim, que nos autos nº 2008.710.005107-6 a Defensoria Pública requereu “fosse expedido ofício à 9ª CAS para informar sobre **eventual localização da família** com aplicação de medidas protetivas diversas do acolhimento” (fl. 04, original sem negrito).

Logo após conclui que **“É INEGÁVEL O DEVER DE INDENIZAR DO MUNICÍPIO, TENDO EM VISTA O DESCUMPRIMENTO DA PREVISÃO LEGAL DE QUE O ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL É MEDIDA PROVISÓRIA E EXCEPCIONAL.”** (fl. 04, os grifos são do original).

Quanto ao direito, discorre sobre a responsabilidade civil do Estado, afirmando que independe de culpa, quer ocorra por ação ou omissão de seus agentes. Menciona ainda o princípio da prioridade absoluta, a excepcionalidade da medida protetiva de acolhimento, o direito à convivência familiar e a dignidade da pessoa humana para afirmar que a presente ação tem “duplo caráter, punitivo e pedagógico, promovendo a reparação de danos no caso concreto e evitando que outras crianças e adolescentes permaneçam vivendo em instituições de acolhimento até completar a maioridade” (fl. 07, original sem negrito).

Afirma a existência de dano moral a indenizar que se evidenciaria “no fato de não haver o Município, responsável pelo acompanhamento das medidas de acolhimento, cumprido a obrigação de preparação gradativa para o desligamento, bem assim haver desrespeitado o princípio da excepcionalidade e da brevidade da medida, que se transformou de protetiva em violadora de direitos” (fl. 10, original sem negrito).

Ao final é requerida a nomeação de Defensor Público da CDEDICA como curador especial neste feito e a procedência do pedido “a fim de condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais em valor equivalente a 500 salários mínimos ou no valor a ser arbitrado por esse douto Juízo” (fl. 12).

Com a não virem documentos relevantes.

Manifestação desta Promotoria de Justiça às fls. 81/84 opinando pela extinção do processo sem apreciação do mérito, pela ilegitimidade ativa, com base no art.

267, VI, do Código de Processo Civil, uma vez que a Defensoria Pública não fora nomeada curadora especial das adolescentes, o que depende de prévia apreciação pelo Juiz da Infância e Juventude acerca da ocorrência, em cada caso concreto, de uma das hipóteses previstas no art. 9º do Código de Processo Civil.

A **sentença** foi prolatada à fl. 85, julgando extinto o processo sem apreciação do mérito, na forma do art. 267, VI, uma vez que a súmula 235 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deixa claro que caberá ao Juiz avaliar a pertinência da nomeação de curador especial, de acordo com cada hipótese concreta.

Ressalta a **sentença**, ainda, que “das próprias autoras nunca mais se teve notícia, sendo desconhecido seu paradeiro. Ainda que se admitisse a Representação pelo CDEDICA, a própria instrução processual encontra-se prejudicada pois sequer ter-se-ia como localizar as requerentes (...) as titulares do direito não receberiam a indenização buscada neste processo.” (fl. 85)

A Defensoria Pública apelou às fls. 87/108, em nome das adolescentes T e G, alegando em síntese que fora requerida a nomeação de curador especial por ser papel institucional dos membros da Defensoria Pública, “hipótese verificada no caso concreto em que se trata de **ofensa a direito individual de criança institucionalizada**, vale dizer, privada do cuidado parental, com o poder familiar da mãe suspenso por decisão judicial.” (fl. 90, original sem negrito).

É citado, ainda, o artigo 12 da Convenção sobre Direitos da Criança e o art. 100 do Estatuto e ressaltada, **acertadamente**, a necessidade de que todos assegurem à criança que estiver capacitada, a possibilidade de expressar suas opiniões livremente, levando-as em consideração.

Menciona a Apelante, por mero **equivoco**, ausência de assinatura da sentença recorrida, sem atentar para a assinatura eletrônica de fl. 86.

Por fim requer o exercício do Juízo de retratação para dar prosseguimento ao feito, com a nomeação de curador especial. Requer, ainda, em caso de retratação, a emenda da inicial para inclusão no polo ativo de três irmãos de T e G (**H, mencionada na inicial, mas não incluída no polo ativo inicialmente, S e A**) e, em hipótese negativa, requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso para reformar a sentença determinando o prosseguimento do feito até a apreciação do mérito.

**Não foram relatados fatos a embasar a pretensão indenizatória com relação aos três irmãos que se pretende incluir no polo ativo.**

O recurso foi recebido apenas em seu efeito devolutivo e vieram os autos ao Ministério Público.

**Feito o relatório passa o Ministério Público a opinar, como fiscal da lei, na forma do art. 201, III, do Estatuto e na defesa dos direitos e interesses das adolescentes, por força do art. 202 da mesma lei.**

## 1. INTRODUÇÃO

Em que pese o tema do presente recurso ser exclusivamente de direito – legitimidade ativa e possibilidade de autonegação de curador especial –, observa o Ministério Público ser necessário um relato dos processos existentes envolvendo a família e uma abordagem dos fatos, ainda que superficial, para melhor contextualização da hipótese.

O primeiro requerimento formulado pela CDEDICA, autonegando-se Curador Especial, que deu origem aos autos nº 2008.710.005107-6, único documento a instruir a inicial, foi protocolado junto ao Juízo da Vara da Infância, Juventude e Idoso (Praça XI), mesmo após a instalação desta 2ª Vara Regional, única competente para proteção das famílias residentes na área de Santa Cruz, Campo Grande e Bangu, conforme observado à fl. 20.

Embora mencionando a existência de G e mais uma irmã, I, à fl. 17, requereu a aplicação de medidas protetivas apenas a T, mas já naquela ocasião não sabia do paradeiro da criança, que não estava sob a proteção da medida excepcional de acolhimento.

Vale registrar, ainda, que tal tipo de requerimento avulso de aplicação de medidas protetivas formulado pela CDEDICA, encontra-se há muito em desuso nas Varas da Infância e Juventude de todo o Estado, especialmente na capital, uma vez que não obedece aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, pois não corresponde a nenhum dos diversos procedimentos previstos no Estatuto e subsidiariamente no Código de Processo Civil, **além de tratar de matéria que o Estatuto atribuiu expressamente aos Conselhos Tutelares.**

O Estatuto da Criança e do Adolescente não prevê procedimento jurisdicional que tenha por finalidade única e exclusiva a aplicação de medida protetiva em favor de crianças ou adolescentes (art. 101 e 136 do Estatuto). Sabe-se que a função de aplicar medidas de proteção previstas no art. 101, incisos I a VII e a de aplicar medidas aos pais ou responsável, previstas no art. 129, incisos I a VII, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabe primordialmente ao Conselho Tutelar, conforme dispõe o art. 136, incisos I e II da referida lei federal.

É claro que sempre caberá apreciação jurisdicional acerca da aplicação de medidas de proteção. O Juiz de Direito aplica medidas de proteção e medidas aos pais ou responsável, abundantemente, mas no âmbito de um processo regularmente constituído (por exemplo, uma destituição do poder familiar ou uma representação por infração administrativa), através do qual o Magistrado exercerá legítima e legalmente a jurisdição, observando o devido processo legal.

Esta reflexão é oportuna, pois urge que os operadores do Sistema de Justiça da Infância e Juventude se livrem das amarras do revogado Código de Menores

(Lei Federal nº 6.697/79), que adotava a Doutrina da Situação Irregular. Cabe a todos os órgãos protetivos deixar definitivamente sepultadas no passado as funções assistencialistas que o revogado Código de Menores enaltecia. À luz da Carta Magna de 1988, rearranjaram-se os papéis do Magistrado, do Ministério Público e da Defensoria Pública e inseriram-se novos atores no sistema de garantias de direitos de crianças e adolescentes, destacando-se o Conselho Tutelar e os Conselhos de Direitos.

Para o bom andamento dessa rede protetiva é indispensável que cada órgão funcione adequadamente, como peças que são de uma elaborada engrenagem prevista pela Constituição, para eliminar de vez a ideia de rasgar a lei sob pretexto de uma suposta proteção mais eficiente de crianças e adolescentes, que tanto mal já fez no passado, embora com a melhor das intenções.

Extinto e arquivado o primeiro processo, foi proposto o presente, com base naquele.

**Da leitura da inicial se extrai, conforme transcrito acima, que a causa de pedir deste feito é exclusivamente a suposta institucionalização prolongada. Ocorre que, somando-se os três períodos de acolhimento institucional das adolescentes, eles chegam, juntos, a pouco mais de um ano.**

É certo que o Estatuto sempre deixou claro o caráter excepcional e transitório da medida de acolhimento e a Lei 12.010/2009, querendo ser ainda mais explícita, estabeleceu o prazo de **dois anos** para a permanência em programas de acolhimento institucional. Contudo, ciente de que, lamentavelmente, há casos em que não é possível a reintegração familiar, nem a identificação de família substituta disponível, mesmo a Lei 12.010/09 prevê a possibilidade de manutenção do acolhimento após dois anos, desde que comprovada a necessidade.

No caso dos autos, como se vê, não foi narrada, portanto, hipótese de institucionalização prolongada. Na verdade, parece que, certamente por **equivoco** escusável, ante o acúmulo de funções que recai sobre todos os órgãos do sistema de Justiça, especialmente os afetos à infância e juventude, a inicial e mesmo as razões de recurso foram elaboradas em cima de modelos previamente existentes que não se adequam aos fatos sob análise.

**Observe-se que, como transcrito acima, a inicial fala em ausência de preparação gradativa para o desligamento e crianças e adolescentes vivendo em instituições de acolhimento até completar a maioridade, o que, definitivamente não é a hipótese dos autos. As razões de recurso, da mesma forma, falam de crianças institucionalizadas, quando não é esse o caso.**

Assim, ainda que se aceitasse a legitimação ativa, o processo deveria ser julgado extinto sem apreciação do mérito também pela inépcia da inicial, uma vez que da narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão.

Com efeito, os fatos que envolvem a família das adolescentes são bem mais complexos e desafiam todos os órgãos de proteção, incluindo a própria Defensoria Pública, que há muito vem atuando no caso concreto, dentro de seu papel constitucional.

A triste história da família de EL, mãe das Autoras e mais sete filhos conhecidos (um deles falecido, em decorrência da situação de risco), foi esmiuçada na elaboração da ação de destituição do poder familiar proposta pelo Ministério Público, ainda em 2008, após um difícil trabalho de reunião de fatos esparsos acerca de cada irmão, cuja cópia, retirada dos arquivos desta Promotoria de Justiça, segue em anexo a título de ilustração.

Após uma notícia de maus-tratos de 2001, com aplicação de medidas de proteção pelo Conselho Tutelar, e notícia de evasão escolar em 2003, que deu origem às Representações de 2004, ocorreram as primeiras hipóteses de acolhimento dos irmãos que se estenderam até 2008.

Note-se que nesses quatro anos todos os períodos de acolhimento foram lamentavelmente curtos, na maioria das vezes de cada um dos irmãos separadamente, com frequente mudança de endereço dos responsáveis, o que dificultou enormemente uma atuação integrada dos órgãos de proteção.

Foram aplicadas inúmeras medidas protetivas diversas do acolhimento e, sob o alegado vínculo afetivo, ora foram realizadas reintegrações familiares, ora existiram fugas ou mesmo extinção da medida protetiva de acolhimento por iniciativa exclusiva da mãe, à revelia das autoridades competentes.

Em 2008, foi aplicada medida de acolhimento à J, irmã das Autoras, ainda adolescente, encontrada em situação de grave risco na companhia de seu filho D, um bebê. Logo depois, J abandonou o acolhimento e seu filho, o que demandou a propositura de ação de destituição do poder familiar contra ela (cópia da inicial também em anexo).

Com a reunião dos fatos acerca da família, para a proteção de J, Ré da destituição, o Ministério Público propôs também a destituição contra EL, mesmo ciente que dificilmente seriam garantidos os direitos dos irmãos, já que não se tinha notícia do paradeiro de nenhum deles e nem mesmo dos Réus.

Registre-se que cada destituição do poder familiar proposta pelo Ministério Público realmente atinge seu êxito quando é julgada improcedente. Durante o curso do processo o objetivo maior é que a família, lembrada dos seus deveres e usufruindo das medidas de proteção aplicadas, atinja a promoção social necessária e consiga exercer a contento o poder familiar. Nesses casos é com imensa satisfação que o Ministério Público pede a improcedência do pedido que ele mesmo formulou. Como em muitos casos a rede de proteção funciona adequadamente, tal hipótese é razoavelmente comum.

Contudo, nos casos em que se observa a impossibilidade de promoção social a curto prazo, é necessária a procedência da destituição para que se possa garantir a convivência familiar através do instituto da adoção.

Na família sob exame, apenas um dos irmãos, SP, nascido em 2001, foi localizado no curso do processo de destituição do poder familiar e, após muita dificuldade, ante a idade pouco atrativa para fins de adoção, está mais uma vez convivendo sob guarda provisória para fins de adoção, que todos esperamos seja bem sucedida, para que se possa enfim, garantir seu direito à convivência familiar.

Nessa ação proposta contra EL, também consta uma tentativa da Defensoria Pública no sentido de atuar como curador especial, que, já indeferida, provavelmente dará origem a mais um recurso, uma vez que, nesta data, os autos estão com vista ao CDEDICA conforme andamento extraído da internet.

Já na destituição proposta contra J e o pai de D (autos nº 2008.206.024386-0), a Defensoria Pública funciona na defesa do pai de D e **na defesa da adolescente Jéssica, nomeada curadora especial, a requerimento do Ministério Público, em razão de se encontrar presente naquele caso uma das hipóteses do art 9º, do CPC. Contudo, como curadora especial de Jéssica, a Defensoria Pública contestou por negativa geral.** Ainda assim, recorreu da decisão liminar, exercendo a defesa do pai de D, argumentando, dentre outros, a ausência de nomeação de curador especial à D (que se encontrava fora de risco, em família substituta com fins de adoção). Tal recurso já foi julgado e a ele negado provimento em acórdão que enfrentou diretamente a questão (autos nº 0038942-87.2009.8.19.000 – cópia do acórdão em anexo).

**São, portanto, ao menos cinco tentativas diferentes de nomeação de curador especial, com relação à mesma família, uma delas está ora sob apreciação.**

## 2. DO OBJETO DO RECURSO

A importância institucional da Defensoria Pública para garantia do acesso à Justiça é indiscutível, sendo impossível pensar em efetividade da tutela de direitos sem que haja uma assistência judiciária eficiente e combativa.

Porém, o Princípio Republicano e o Estado Democrático de Direito exigem que cada instituição exerça as suas funções dentro dos limites que a lei e a Constituição da República lhes impõem, sob pena de sobreposição de ações e, pior, funções exclusivas serem deixadas a descoberto.

No caso dos autos, conforme já lembrado à fl. 84, a inicial não mencionou um único dispositivo do Código de Processo Civil, ou mesmo situação fática correspondente, que pudesse embasar a pretensão de nomeação de curador

especial, o que fez com que se entendesse até que a Defensoria Pública se considerava curador especial *ex officio*, verdadeiro legitimado extraordinário, demandando em nome próprio, direito das adolescentes, como já tentou fazer em hipóteses anteriores.

Só as razões de recurso esclareceram, à fl. 93, que a Defensoria Pública não pretendeu a legitimação extraordinária, mas a representação processual das autoras adolescentes, através da curadoria especial, entendendo, contudo, que o Juiz era obrigado a nomear Defensor Público do CDEDICA curador especial das adolescentes.

Ora, como já ressaltado na sentença recorrida e em inúmeros julgados desse E. Tribunal e do E. Superior Tribunal de Justiça, a nomeação não é obrigatória, uma vez que depende da apreciação soberana do Juiz. Parecia que quanto a este ponto não havia mais controvérsia.

Conforme já manifestado às fls. 81/84 e confirmado pelo arrazoado de apelação, há alguns anos, tem sido prática reiterada da Defensoria Pública, em todo o Estado, tentar sua nomeação como curador especial, indistintamente, para algumas crianças ou adolescentes selecionados pela CDEDICA, especialmente aqueles acolhidos institucionalmente.

Conforme transcrito nas razões de recurso, a CDEDICA chegou a obter algumas decisões favoráveis a sua tese, pois, em uma primeira análise, a tendência natural do Julgador acaba sendo admitir tal atuação, pois, aparentemente, seria apenas mais um órgão atuando com a finalidade de proteger crianças e adolescentes.

A prática demonstrou, contudo, que além de ilegal, a pretensão da CDEDICA só veio tumultuar o curso processual, postergando injustificavelmente a prestação jurisdicional e originando uma indesejável sobreposição de ações, a aumentar a sobrecarga do Poder Judiciário.

A súmula 235, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deixou claro, de uma vez por todas, que a nomeação de curador especial e o acesso aos autos depende da ocorrência, em cada caso concreto, de uma das hipóteses previstas do art. 9º do código de processo civil, **a ser avaliada pelo Juiz, sendo inadmissível a autonegação do curador especial:**

“Caberá ao Juiz da Infância e da Juventude a nomeação de curador especial a ser exercido pelo Defensor Público, a crianças e adolescentes, inclusive no caso de acolhimento institucional ou familiar, nos moldes do disposto no art. 142, parágrafo único e 148, parágrafo único, alínea ‘f’, do Estatuto da Criança e do Adolescente, c/c art 9º, I, do Código de Processo Civil, garantindo o acesso aos autos respectivos”.

Entretanto, como se vê do presente feito, a CDEDICA continua insistindo na sua autonegação como curador especial, mesmo quando o Juiz entende não ser essa a hipótese.

### 3. DOS CASOS DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL

Assim, mostra-se ainda necessário discorrer sobre o instituto da curadoria especial e as hipóteses de nomeação a serem apreciadas pelo Juiz.

Ninguém discute que é função institucional da Defensoria Pública o exercício da curadoria especial, nos casos previstos em lei, nos exatos termos do art. 4º, XVI, da Lei Complementar 132/2009.

Da mesma forma, ao menos nestes autos, a CDEDICA também não diverge acerca na inexistência de previsão em nosso sistema jurídico de atuação *sponte propria* da Defensoria Pública na tutela de direitos individuais.

Por isso a atuação da Defensoria Pública se dá, em regra, por mandato, pois age quando o titular do direito material busca a assistência judiciária e é atendido, prescindindo, por força de lei, de instrumento de procuração.

Na hipótese dos autos as adolescentes e seus pais, como resta claro da inicial e das razões de recurso, jamais procuraram ou foram procuradas pela Defensoria Pública, até mesmo porque há anos não se sabe do seu paradeiro.

Ainda assim a Defensoria Pública, através do instituto da curadoria especial, pretende alçar as adolescentes, absolutamente incapazes para os atos da vida civil, à condição de autoras, suprindo sua incapacidade processual e garantindo a *legitimatío ad processum*.

A curadoria especial está prevista no art. 9º do Código de Processo Civil, reproduzido no art. 142 e parágrafo único do Estatuto. É **instituto processual** ligado ao equilíbrio entre as partes e funciona como remédio aplicado pelo juiz para regularizar a relação jurídica processual desequilibrada nas hipóteses previstas em lei, quais sejam: ao incapaz que não tenha representante legal, ou se seus interesses colidirem com os daquele e, ainda, quando o Réu for preso, bem como revel citado por edital ou com hora certa (artigo 9º do CPC).

Assim, o curador especial é um **representante processual *ad hoc*** que supre um desequilíbrio processual, visando a restaurar um contraditório deficiente, ao menos formalmente, já que existe a autorização para formular defesa genérica (art. 302, parágrafo único, do Código de Processo Civil), amplamente utilizada pela Defensoria Pública quando nomeada curadora especial.

Ressalte-se que a função do curador especial demanda a existência **prévia** de um processo e é eminentemente **defensiva** (CRUZ, José Raimundo Gomes. *A curadoria à lide no processo de execução*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1980, p. 53/58; MENDONÇA, Marcello Rebello de. *Curador especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 71, vol. 562, 1982, p. 270/272; NERY JR. Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor*. 4ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 400). Contestar a ação

é a missão específica do Curador Especial, sendo-lhe permitido recorrer e postular provas, mas **não lhe cabendo sequer o ajuizamento de reconvenção ou ação declaratória incidental** (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 11ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p.242 e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 67.).

O instituto nasceu para proteger o Réu, que **demandado a ser parte**, por uma das razões do art. 9º do Código Civil, encontra-se em uma situação de desequilíbrio perante o Autor. Como o Juiz não pode excluir o Réu, sob pena de obstar o direito do Autor, nomeia-lhe curador especial tentando tornar menos desigual a relação processual.

A doutrina e a jurisprudência não vislumbram hipótese de Autor representado por curador especial, a não ser excepcionalmente no caso de mandado de segurança com caráter de recurso, na defesa do Réu, ou nos embargos à execução, meio de defesa do Executado.

Note-se, que nem poderia ser diferente, ante a gravidade do exercício do direito de ação, com todas as suas consequências para a parte representada, já que são contra ou a favor dela, e não de quem lhe representa, as consequências da sucumbência ou da procedência da demanda.

Nomear um curador especial para a defesa de quem é Réu é muito menos grave que nomear curador especial para transformar em Autor quem não tem como manifestar sua vontade de litigar. A lei, a doutrina e a jurisprudência não deixam dúvidas quanto a isso.

A levar a cabo o entendimento de que pode ser nomeado curador especial para iniciar demanda em nome de quem sequer pode manifestar sua vontade, estaria sendo criada uma hipótese mais grave que a da própria legitimação extraordinária, pois não haveria lide em nome próprio, com vistas a obter direito alheio, haveria lide do titular do direito, com base na vontade alheia, sem amparo na legislação.

Não é por outro motivo que a doutrina sempre entendeu que, **se for o Juiz competente, deve zelar pela nomeação do tutor definitivo**, e não limitar-se a nomear um curador especial. Celso Agrícola Barbi, na clássica coleção *Comentários ao Código de Processo Civil, Forense*, Vol. 1, 9ª ed., p. 72, já afirmava em seus ensinamentos acerca do art. 9º do CPC:

*“Se o Juiz da causa for competente para a nomeação de um tutor definitivo, deve fazê-lo. (...) O tutor assim nomeado servirá para complementar a capacidade do menor naquele processo e para exercer a tutela ordinária”*

Não é de outra maneira que estabelece o Código civil, em artigo com a redação determinada pela chamada Lei da Adoção (Lei nº 12.010/09):

Art. 1.734 As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos, ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

São esses representantes, na forma da lei civil, tutor nomeado pelo Juiz ou guardião legal (art. 92, § 1º, do Estatuto), que poderão demandar em Juízo em nome de criança e adolescente, representando-as ou assistindo-as, na forma da lei processual:

Art. 1.748 compete também ao tutor, com a autorização do juiz:

V- propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos.

Mais uma vez o sistema jurídico mostra-se coerente e preciso, uma vez que só tendo um representante legal para os atos da vida civil pode a criança ou o adolescente efetivamente beneficiar-se da providência jurisdicional requerida.

Tomando a hipótese dos autos como exemplo, a inicial não aponta o que seria feito com os 500 salários mínimos, em caso de procedência, uma vez que não há tutor nomeado, porque não se tem notícia do paradeiro das Autoras.

Naturalmente, a CDEDICA não pleiteia, e nem seria possível, a nomeação de Defensor Público como tutor das adolescentes, na forma da lei civil, porque ninguém imaginaria atribuir a Defensor Público os ônus inerentes a tal função, tais como dirigir a educação ou prestar alimentos (art. 1.740, I, do CPC), a todas as crianças ou adolescentes aos quais fosse nomeado curador especial.

As hipóteses de designação de curador especial para criança ou adolescente em processos da área da Infância são singelas. Ocorrem em Representações pela prática de ato infracional, por exemplo, quando um adolescente é Réu em razão de ter praticado ato infracional análogo a tentativa de homicídio ou lesões corporais, em que as vítimas são seus pais. Nesses casos, é necessária e imprescindível a nomeação de curador especial ao adolescente, ante a flagrante colidência de interesses entre o adolescente – parte ré, e seu representante legal – vítima (art. 142).

Também em Ações de Destituição do Poder Familiar é possível a nomeação de curador especial ao adolescente. É a hipótese, por exemplo, lamentavelmente comum, de gravidez na adolescência, onde muitas vezes a mãe da adolescente – Ré – é a primeira a vir aos autos apontar a incapacidade da filha para o exercício da maternidade (art. 142).

Por fim foi estendida também ao Juiz da Infância a possibilidade de designar curador especial nas hipóteses previstas no art. 33 do Código de Processo Penal (art. 148, p.º, 'f'):

Art. 33 Se o ofendido for menor de 18 anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal.

É isso que a lei prevê, e nada além: hipóteses de nomeação de curador especial para sanar a ausência de capacidade processual, sem jamais suprir a ausência do representante legal de direito material para estar ao lado do incapaz, para que, aí sim, ele detenha capacidade de postular em juízo.

#### 4. DA APRECIÇÃO PELO JUIZ

##### X

#### A AUTONOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL

Na narrativa da inicial, conforme já mencionado, a Defensoria Pública não traz nenhum argumento de fato ou de direito a embasar a pretensão de nomeação de curador especial. Em sede de razões recursais, alegou que pretende representar as Autoras através do instituto curadoria especial, mas continuou sem mencionar se entende haver colidência de interesses ou ausência de representação legal e, certamente por mero **equivoco**, refere-se à hipótese dos autos como caso de criança institucionalizada, privada do cuidado parental, quando na própria inicial já deixara claro que as adolescentes há muito não estavam institucionalizadas, encontrando-se em paradeiro desconhecido.

Com efeito, o pouco empenho na fundamentação é consectário lógico do entendimento elaborado pela CDEDICA de que o Juiz seria obrigado a nomear curador especial, bastando para isso o seu requerimento.

Note-se a subversão da ordem natural das relações processuais. Não é raro o Juiz nomear curador especial ao incapaz portador de transtorno mental e a Defensoria vir aos autos informar que não irá atuar por não ser o incapaz interdito. Por outro lado, se a Defensoria Pública entende ser hipótese de sua atuação como curador especial de adolescente o Juiz seria obrigado a aceitá-la, independentemente de fundamentação legal.

Em 2008, quando tiveram início as primeiras tentativas dessa modalidade de atuação da Defensoria Pública, o Juízo recorrido identificou de plano que não era razoável a argumentação sustentada, abordando com primor todos os aspectos fáticos e jurídicos acerca do tema:

“Não é crível que a Defensoria Pública, através de resolução interna, tenha pretendido conferir ao denominado Núcleo de Atendimento Jurídico Especializado a Crianças e Adolescentes – CDEDICA uma atuação que

extrapola sua missão Constitucional e Legal, confundindo-se com a atuação do Ministério Público.

Contudo, há cerca de um ano, vêm sendo veiculados pedidos (?) de nomeação de Curador Especial, pelo dito Núcleo.

O CDEDICA também tem ajuizado “pedidos de aplicação de medidas protetivas” – os chamados PAMP’s – prática procedimental desde há muito abolida na maior parte das Varas da Infância e da Juventude, onde as medidas eventualmente cabíveis, para a proteção de crianças e adolescentes, já são aplicadas no bojo das ações judiciais existentes (representações administrativas, destituições do poder familiar etc.).

A Lei Processual Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente não pretenderam criar mais um *custus legis* no processo em que necessariamente atua o Ministério Público (art. 202, do ECA).

Se e quando houver nomeação de Curador Especial, nos casos de “colidência de interesses” entre a criança ou adolescente e seus pais, tal Curador nem mesmo será – necessariamente – Advogado ou Defensor Público.

Observe-se que o artigo 142, parágrafo único do ECA fala de “carência de representação”, o que não ocorre nos casos de crianças abrigadas (dirigente ao abrigo equipara-se a guardião) como na hipótese sob exame.

Por fim, o artigo 148, parágrafo único, alínea f, trata de casos em que a criança ou adolescente quer oferecer representação ou queixa, mas se encontra nas hipóteses do artigo 98, do ECA.

Pelo exposto, JULGO EXTINTO o feito, INDEFERINO A INICIAL, na forma dos artigos 267 e 295, II e II, todos do CPC.”

**(Sentença deste Juízo, nos autos nº 2008.206.009281-9, prolatada em 14/11/2008 e confirmada pela 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 0009289-38.2008.8.19.0206, Relator: Desembargador Jorge Luiz Habib.)**

“Sobre este assunto, há cerca de dois anos a CDEDICA (Coordenadoria de Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes da Defensoria Pública Geral do Estado) vem veiculando pedidos (?) de nomeação de Curador Especial nos feitos que tramitam nas Varas da Infância e da Juventude da Capital.

Inconformada com o posicionamento da Magistrada – que somente nomeia Curador Especial nas hipóteses previstas em Lei -, a CEDEDICA interpôs diversos Agravos, aduzindo inclusive que o “indeferimento (...) inviabiliza a manifestação da criança como sujeito de direitos, reconhecida como pessoa em desenvolvimento (art. 6º do ECA)”.

Uma vez que o Ministério Público da Infância e da Juventude atua como *custus legis* em todos os processos das Varas da Infância e da Juventude (artigos 200 a 205, do ECA, especialmente 201, III e 202), tenho entendido desnecessária a nomeação de mais um Curador.

Sobre a distinção entre a atuação da Curadoria Especial e a do Ministério Público, todavia, a CDEDICA também apresenta postura bem peculiar.

Sustenta aquela Coordenadoria que “o norte a ser seguido pelo Curador Especial ao buscar representar os interesses da criança e do adolescente é aquele que se refere à observância do direito à convivência familiar e comunitária, na família de origem, prioritariamente, em seguida na família extensa, e esgotadas tais tentativas, busca-se sua colocação em família substituta, sempre através da adoção das medidas protetivas adequadas ao caso observadas as singularidades da situação individual.”

Em alguns recursos, a CDEDICA chega a acusar o Ministério Público de “não (...) funcionar com a isenção necessária a pugnar pela ponderação de outros direitos que, no caso concreto, poderão colidir com o objeto de seu pedido”.

A bem da verdade, seria talvez mais “conveniente” – do ponto de vista de menor “trabalho” para esta Magistrada – simplesmente anuir com o ingresso espontâneo da CDEDICA como Curadora Especial, e deixar que “brigassem” Defensoria e Ministério Público.

Contudo, por convicção, tenho que não há cabimento para a nomeação pretendida.

Quanto a “dar voz” à criança e ao adolescente, chega a ser leviana a afirmação de que a Curadoria o faz, pois inexistente notícia de que as crianças e adolescentes que sustenta defender tenham sido sequer entrevistadas por equipe técnica da Defensoria ou mesmo (o que seria uma temeridade, já que se sabe que há de se usar técnicas especiais para a entrevista de crianças, cujo domínio está mais afeto a outras áreas de conhecimento, como a psicologia) pela própria CDEDICA.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece como regra que a criança ser ouvida e ter sua opinião levada em consideração, e os estudos elaborados pelas equipes do Juízo se destinam a colher tais vozes e impressões.” (Informações deste Juízo nos autos do agravo de instrumento nº 2009.002.29582, de 13/08/2009.)

Cabe, nesse ponto, mencionar que à fl. 90 das razões de recurso, a CDEDICA invoca a Convenção sobre Direitos da Criança, como prequestionamento para eventual recurso perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por não ter sido observado o princípio da oitiva obrigatória. Ocorre que **o processo foi iniciado pela própria CDEDICA, sem ouvir as adolescentes acerca de seu eventual desejo de litigar, até mesmo porque, ao contrário de outros órgãos do sistema protetivo, jamais teve contato com as adolescentes, cujo paradeiro desconhece.**

Prosegue o Juízo recorrido, nos mesmos autos:

No que diz respeito ao “norte a ser seguido pelo Curador Especial”, não há bússola diversa a orientar as ações do Ministério Público ou do Juízo da Infância e da Juventude, porque a Lei assim determina.

A preferência da família biológica é legal, e é determinada mais explicitamente, até, na nova redação que a chamada “Nova Lei de Adoção” (já aprovada no Senado e aguardando a sanção presidencial) conferirá a diversos dispositivos do ECA.

No que pertine à atuação do Ministério Público da Infância e da Juventude, equivoca-se, mais uma vez, a Agravante.

Mesmo quando propõe a medida extrema da Destituição do Poder Familiar, o Ministério Público o faz visando à proteção da criança ou adolescente. A “punição” (se é possível falar assim) dos pais é questão secundária.

Além disso, há inúmeros casos em que o Ministério Público, mesmo sendo o autor da DPF, opina por sua improcedência, afinal, quando constatada a possibilidade de reintegração familiar.

Acresce-se a tudo isso o fato de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não prevê, em linha alguma, que a Defensoria Pública atue dentro das instituições de abrigo.

A chamada “Nova Lei de Adoção”, inclusive ao falar dos cadastros de crianças e adolescentes, não prevê seu acesso pela Defensoria, como se vê na redação que passarão a ter os parágrafos 11 e 12 do artigo 1010:

“§ 11. A autoridade judiciária manterá em cada comarca ou foro regional, um cadastro contendo informações atualizadas sobre as crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar e institucional sob sua responsabilidade, com informações pormenorizadas sobre a situação jurídica de cada um, bem como as providências tomadas para sua reintegração familiar ou colocação em família substituta, em qualquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

§ 12. Terão acesso ao cadastro o Ministério Público, o Conselho Tutelar, o órgão gestor da Assistência Social e os Conselhos Municipais dos Diretos da Criança e do Adolescente e da Assistência Social, aos quais incumbe deliberar sobre a implementação de políticas públicas que permitam reduzir o número de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e abreviar o período de permanência em programa de acolhimento.”

(Informações deste Juízo nos autos do agravo de instrumento nº 2009.002.29582, de 13/08/2009.)

Ainda no início da controvérsia, a nomeação da Defensoria Pública como curadora especial foi analisada em primeira mão, na superior instância, pelo Egrégio Conselho da Magistratura em decisão proferida pelo Desembargador Mauricio Caldas Lopes nos autos do Agravo nº 2008.00400797:

“Menor. Medida protetiva. ECA, artigos 98 e 101, incisos I a VII. Índole administrativa. Atribuições do Conselho Tutelar ressalvada a competência do Juízo da Infância e da juventude na hipótese de não instalação daquele – ECA, artigo 262.

Representação por infração administrativa intentada pelo Ministério Público em face da mãe de menor, em decorrência da já prolongada institucionalização desse.

Deflagração de procedimento anterior a instância da Defensoria Pública do Estado a pretexto de aplicação de “medida protetiva” ao infante, embora o **vínculo esdrúxulo de uma atuação em *nominem proprio* de tal e digna Instituição** cuja legitimação decorreria de preceito inscrito na Constituição Estadual – artigo 103, §3º, inciso V, alínea g), de discutível compatibilidade com seus fins, considerados os termos do art. 134 da Constituição da República – **a usurpar, entretanto, atribuição do Ministério Público EM SINGULAR CONSTRUÇÃO A PARTIR DE UMA LEITURA DELIRANTE DA ATRIBUIÇÃO FUNCIONAL QUE LHE FORA CONFIADA DE SIMPLES CURADOR ESPECIAL** que não se projeta para além dos limites que lhe são postos pelo artigo 9º, inciso I do Código de Processo Civil – apenas reproduzido pelo parágrafo único do artigo 142 do ECA – de suprimimento da incapacidade processual da parte ou de sua representação, sem lhe conferir a posição de substituto processual.”

Após, vieram inúmeros julgados do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A Décima Nona Câmara Cível rechaçou, reiteradamente, a pretensão da Defensoria Pública, como se verificam dos acórdãos referentes aos agravos de instrumento nº 2009.002.20397, 2009.002.20403, 2009.002.20410, 2009.002.20392 e 2009.002.33658.

Também merece destaque a precisa fundamentação da Desembargadora Suimei Cavaliere no julgamento da questão, no âmbito do A.I. nº 2008.002.34402, posto que aborda os diversos aspectos da controvérsia:

“SEXTA CAMARA CIVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008.002.34402 - DES. SUIMEI MEIRA CAVALIERI - Julgamento: 09/09/2009 -

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. O Ministério Público quando atua como parte não se desveste das funções de fiscal da lei. Aliás, exatamente por figurar como *custos legis* que a própria lei, em determinados casos, lhe confere legitimação. Essa lógica elementar desafia argumento razoável em contrário. A combatê-la, desenvolve-se a equivocada premissa de que, por figurar como parte, o Ministério Público não estaria apto a zelar pelo melhor interesse da criança, daí a obrigatoriedade de intervenção de outro órgão em juízo.

Vale, igualmente, conferir:

**"PRIMEIRA CAMARA CIVEL**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.002.19931 - DES. VERA MARIA SOARES VAN HOMBEECK - Julgamento: 29/09/2009 -**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADOÇÃO E DESTITUIÇÃO DO PODER DE FAMÍLIA. RECURSO INTERPOSTO PELA DEFENSORIA PÚBLICA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU A INTERVENÇÃO DO ÓRGÃO PARA ATUAR COMO CURADOR ESPECIAL. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO TJ-RJ. O Ministério Público promove e acompanha todas as ações e procedimentos da Infância e da Juventude, conforme art. 201, III e VIII, da Lei 8.069/90, zelando pela ordem jurídica e pelos interesses das crianças e adolescentes, afastando a necessidade da intervenção de qualquer outro órgão ou pessoa para suprir a referida atividade. DESPROVIMENTO AO RECURSO."** destaques acrescidos.

O Superior Tribunal de Justiça também vem sendo instado a se manifestar e tem decidido reiteradamente contra a nomeação de curador especial. Especificamente sobre a questão de direito discutida neste feito, vale a pena conferir a decisão de 04/06/2012:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.410.673 – RJ (2011/0063172-7)**

**RELATOR MINISTRO MARCO BUZZI**

**AGRAVANTE: JADON (MENOR)**

**ADVOGADO: JOSÉ PAULO TAVARES DE MORAES SARMENTO – DEFENSOR PÚBLICO**

**DECISÃO**

Trata-se de agravo de instrumento, interposto por JADON (MENOR), representado pela curadoria especial da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, contra decisão que negou seguimento ao recurso especial. (...)

O fundamento equivocado destas nomeações está justamente na tênue linha de distinção entre a capacidade de ser parte e capacidade postulatória – esta sim, afeta à Defensoria Pública.

A capacidade postulatória, consiste apenas na aptidão de praticar atos técnicos dentro do processo.

Dessa forma, deverá o Defensor Público atuar como Curador Especial para sanar a ausência de capacidade postulatória; jamais suprir a ausência de curador legal para estar ao lado de um incapaz a fim de que este detenha capacidade para estar em juízo, cuja atribuição pertence ao Ministério Público Federal.

Com efeito, o Defensor Público não tem o múnus de administrar interesses pessoais da parte, destina-se apenas à representação processual, a defesa técnica e não à sua representação material. Frente a esse contexto, cumpre trazer a letra do próprio art. 134 da CF/88, o qual dispõe acerca da Defensoria Pública, *verbis*: A Defensoria Pública é instituição essencial à

função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. (...)

Do exposto, conheço do agravo de instrumento para, de pronto, negar seguimento ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Para encerrar, vale repetir que a função da Defensoria Pública, prestando assistência judiciária eficiente e combativa é admirável, necessária e imprescindível para a existência de uma rede de proteção eficiente.

Assim vêm sendo feito junto ao Juízo recorrido através da atuação combativa dos Defensores Públicos que atuam na esmagadora maioria dos processos assistindo as partes e garantindo o contraditório.

Porém, diante da sobrecarga de tarefas que se acumulam na Instituição, já que os hipossuficientes ainda se avolumam no país, não parece oportuno a Defensoria Pública se dedicar com tanto empenho a desempenhar papéis que já possuem outros protagonistas. Todos os requerimentos que vêm sendo formulados pela CDEDICA podem e devem ser formulados por outros órgãos do sistema protetivo e, na esmagadora maioria dos casos, já foram.

Por outro lado, sabe-se que a maior deficiência na rede de proteção é a obtenção da efetiva promoção familiar. Muitas vezes, como no caso dos autos, o sistema depara-se com a segunda ou terceira geração de abandono. Adultos, outrora adolescentes negligenciados, agora negligenciam os próprios filhos. Muitos deles têm ações a propor, o que certamente somaria para a garantia de promoção social. Apenas a título de exemplo: ações de investigação de paternidade, ações de alimentos contra os pais de seus filhos, algumas ações com base no direito possessório, algumas em matéria de sucessões e até mesmo contra o poder público, especialmente no que se refere ao direito de moradia, tratamento adequado contra drogadição, assistência eficiente aos portadores de necessidades especiais e muitas outras. A Defensoria Pública é a instituição por excelência para fazê-lo em nome dos adultos e a CDEDIDA certamente o faria de forma mais rápida que os assoberbados núcleos de primeiro atendimento da Defensoria Pública espalhados pelo Estado.

A demanda reprimida é tão grave e a necessidade tão intensa que a Secretaria Municipal de Assistência Social contrata advogados para atuarem junto aos CREAS com o objetivo de prestar assistência jurídica às famílias atendidas. Sem nenhum demérito a tais profissionais, certamente melhor o faria a Defensoria Pública, que tem acesso aos fatos e aos autos judiciais através da atuação do Defensor em exercício junto aos Juízos da Infância e Juventude.

Pleiteando em Juízo os direitos dos adultos com filhos, o que Ministério Público e Conselho Tutelar não podem fazer, nem o juiz conceder de ofício, a

Defensoria cumpre importante papel no sistema de garantias de direitos de crianças e adolescentes, auxiliando a promoção das famílias e a permanência das crianças junto a suas famílias de origem, atuando para cortar na raiz o início da situação de risco.

Por todo o exposto, opina o Ministério Público seja negado provimento ao recurso, já que a sentença de fl. 85 não merece qualquer reparo.

Rio de Janeiro, 15 de outubro de 2012.

**Luciana Caiado Ferreira**

**Promotora de Justiça**

**Mat. nº 1857**

PARTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

BOFÉCIO ORGÃO ESPECIAL

Direito Constitucional e Administrativo. Mandado de Segurança impetrado por candidato de concurso para provimento ou cargo de Técnico da Atividade Judiciária do TJRJ, que pleiteia sua seja assegurado o direito de ser convocado para participar das etapas subsequentes de critério, diante de sua aprovação no exame de prova. Alegação de que, com a ulterior convocação de candidatos aprovados para preencher vagas em número superior ao previsto no edital, e que nem todos atenderam, restou evidenciada a necessidade de a Administração preencher todas elas, sem qualquer o direito subjetivo à convocação em favor dos candidatos aprovados nas colocações seguintes.