

Competência Disciplinar da Justiça da Infância e Juventude

Tânia da Silva Pereira

Professora de Direito da PUC/Rio e UERJ e Diretora da Comissão Nacional para Infância e Juventude do IBDFAM.

Flagrantes modificações se efetivaram se comparadas com o sistema adotado anteriormente pelo Código de Menores de 1979. Superamos o longo período que se seguiu ao Código de 1927, quando, Saul de Gusmão, sucessor de Mello Mattos, Juiz de Menores a partir de 1939, refere-se ao período que se segue ao seu antecessor como o ciclo da "ação social do Juízo de Menores", traduzindo as atribuições do Juiz de "amparo, assistência, educação, instrução, cuidando do corpo e do espírito dos menores abandonados e desvalidos"¹.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu um novo entendimento sobre a atuação do Juiz da Infância e Juventude. Explica Kazuo Watanabe: "o Estatuto perfilhou a tendência doutrinária que procura conferir ao juiz, cada vez mais, um papel ativo no processo. Isso conduz, por outro lado, à atenuação do formalismo processual"². Não se aplica modernamente, sobretudo no âmbito da Justiça da Infância e Juventude, o princípio da inércia do Juiz.

¹ Saul de Gusmão. *In Proteção à Infância*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1941, p. 81/82.

² Kazuo Watanabe. *In Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado* (coord. Cury, Amaral e Silva, Méndez). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 496.

No que concerne à competência disciplinar, toda a questão se resume em definir a natureza jurídica das "Portarias", indicada no Estatuto: de um lado o entendimento de que se trata de procedimento de Jurisdição voluntária; de outro, ato administrativo ordinatório, este último com as características e limites que lhes são próprios, fundados nos princípios de proteção da criança e do adolescente.

Leonardo Grecco, em obra que discute a "Jurisdição Voluntária Moderna", após distinguir as duas correntes que definem a natureza jurídica da "Jurisdição voluntária" - administrativa ou jurisdicional - conclui: "a jurisdição voluntária é muito heterogênea. Não há uma só jurisdição voluntária; há várias. Diversas são as funções do Juiz, diversos seus poderes, as atividades que exerce, os graus de estabilidade das decisões, os procedimentos"³.

O art. 149-ECA estabelece que é da competência da autoridade judiciária disciplinar, através de "Portaria", ou autorizar mediante "Alvará". Nesse aspecto o Direito brasileiro não adotou processo de codificação administrativa.

José Cretella Junior distingue dois tipos de Portarias:

"Portarias na órbita interna": dirigidas aos funcionários em geral ou a um único em particular. Fazem parte da organização funcional do Juízo, sujeita à organização Judiciária do Estado; não vemos a necessidade de o Ministério Público opinar neste tipo de ato administrativo ordinatório; "Portarias na órbita exterior": aquelas que se dirigem ao público; nesta hipótese, "a portaria reúne traços de generalidade e coatividade, mas não de novidade. Portaria não inova, não cria, não extingue direitos, não modifica, por si, qualquer impositivo de ordem jurídica em vigor". (...) "Interpreta o texto legal com fins executivos, desde as minúcias não explicitadas em lei".⁴

³ Leonardo Grecco. *In Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 155.

⁴ José Cretella Junior. *In Curso de Direito Administrativo Brasileiro: de acordo com a Constituição vigente*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 191.

Alerte-se que a competência disciplinar da Justiça da Infância e Juventude é tratada de formas diversas. A expressão "Portaria" é usada com finalidades diferenciadas.

O art. 191-ECA se reporta às "Portarias" que iniciam o procedimento de apuração de irregularidades em entidade governamental e não-governamental judiciária, podendo também ser iniciada pela autoridade judiciária por representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, na qual deve constar, necessariamente, o resumo dos fatos. Nessa hipótese, embora receba essa designação, sua natureza é investigatória e executiva no âmbito da prevenção e proteção. Os arts. 191/194-ECA prevêm procedimento próprio para esse fim.

A questão se mostra polêmica quando as portarias se apresentam como poder normativo da autoridade judiciária. O art. 149-I-ECA refere-se às "Portarias" e "Alvarás" no que concerne às diversões e aos espetáculos.

A proposta no sentido de que se trata de procedimento de jurisdição voluntária se aplica a certos tipos de portarias, sem afastar, no entanto a possibilidade de o magistrado, em decorrência de seu poder discricionário, e em situações especiais, poder, fundamentadamente, expedi-las.

Quando o Estatuto se refere ao "Alvará", estamos diante de um instrumento da licença ou da autorização. Ele é a forma, o revestimento exterior do ato; a licença e a autorização são o conteúdo do ato⁵. Como ato que visa a regular situação individual de certa e determinada pessoa, o Alvará no âmbito de aplicação da Justiça da Infância e Juventude deverá ser decorrente de decisão fundamentada.

Quanto às "Portarias", são inúmeras as definições das quais se podem tirar elementos comuns: a - são atos formais; b - oriundos da autoridade; c - no caso do Juiz da Infância e Juventude, são instrumentos para organizar e tornar públicas algumas determinações da autoridade, fundadas em lei.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, referindo-se às resoluções e portarias como "formas de que se revestem os atos, gerais ou indivi-

⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *In Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 224.

duais, emanados de autoridades outras que não o Chefe do executivo", destaca que "a diferença entre os vários tipos de atos está apenas na autoridade de que emanam podendo um e outro ter conteúdo individual ou geral, neste último caso contendo normas emanadas em matérias de competência de cada uma das referidas autoridades"⁶.

Entendemos que elas podem ser decorrentes de "procedimentos de jurisdição voluntária" ou serem expedidas como atos administrativos ordinatórios. Atendida a Organização Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado e em nome do poder discricionário que é próprio do Juiz da Infância e Juventude, não se pode recusar-lhe a possibilidade de, em situações especiais, expedir Portarias de caráter normativo, atendidas as formalidades especiais e os princípios legais, ouvido sempre o Ministério Público.

O parágrafo 1º do art. 149-ECA refere-se a fatores que devem ser considerados na expedição de Alvarás e Portarias, a citar:

- a) os princípios desta lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de freqüência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente à eventual participação ou freqüência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

No que concerne à participação em espetáculos públicos e seus ensaios ou certames de beleza (inciso II do art. 149-ECA), entendemos que não basta, nessa hipótese, a autorização dos pais ou responsável.

O parágrafo 2º do art. 149-ECA declara expressamente que "as medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral".

Alerte-se que algumas das situações indicadas no art. 149-ECA guardam certas características de generalidades: a) entrada em estádio, ginásio e campo desportivo; b) freqüência em bailes ou promoções dançantes; c) entrada em boate ou congêneres; d) freqüência

⁶ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, ob. cit., p. 222/223.

em casa que explore diversões eletrônicas; e) freqüência a estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

Não se pode confundir as portarias de caráter geral, ou seja, não previstas em lei, como autorizava o art. 8º do antigo Código de Menores, com as portarias de caráter genérico envolvendo as situações fundadas em lei, o que prevê os incisos do art. 149-I-ECA.

Valter Kenji Ishida, transcrevendo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, expressamente observa: "ao vetar as disposições gerais, entende-se que essa proibição diz respeito somente aos alvarás e não às portarias eis que inviável a análise particular quanto a estas".⁷

O Desembargador Antônio Fernando do Amaral e Silva, entendendo ser o art.149-I-ECA "procedimento de jurisdição voluntária", não afasta a possibilidade de o juiz "atento aos princípios estatutários, às peculiaridades locais, ao tipo de freqüência habitual, proibir a entrada de crianças ou adolescentes em certos e determinados locais de diversões públicas".⁸

Alerte-se para a existência de realidades sociais e culturais vivenciadas nas pequenas comunidades, bem diversas de condições próprias dos grandes centros urbanos. Os Juízes da Infância e Juventude vivem as mais diversas situações exigindo-lhes cotidianamente enfrentar situações desconhecidas, apesar da experiência. Os problemas dos grandes centros são diversos daqueles existentes nas pequenas ou médias comunidades urbanas.

Como exemplo podemos citar a "Justiça da Infância, Juventude e Idoso" da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro; sob sua jurisdição estão presentes 79 abrigos, 374 entidades de apoio socioeducativo em meio aberto, 51 CIEPs Residências, 450 Creches.

No que concerne aos abrigos (art. 91-ECA), são inúmeras as exigências: registro no Conselho de Direitos, condições de instala-

⁷ Valter Kenji Ishida. *In Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 268/269.

⁸ Antônio Fernando Amaral e Silva. [1] *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado* (coord. Cury, Amaral e Silva, Méndez). São Paulo: Malheiros, 2003 p. 491.

ções, de higiene, salubridade, segurança. Devem também ser adotados os princípios estabelecidos no art. 92-ECA.

Para as entidades de abrigos para crianças de 0 a 6 anos, por exemplo, e programas cujos regimes são os mesmos, não se pode afastar a possibilidade de regulamentação através de "diretrizes mínimas" de funcionamento fixadas através de procedimento de jurisdição voluntária, facilitando, dessa forma a fiscalização, com a participação permanente do Ministério Público. Esse deve ser o entendimento no que concerne às obrigações para entidades que desenvolvem programas de internação (art. 94-ECA) .

Não se justifica nessas hipóteses os procedimentos dos arts. 191/194-ECA que têm por objetivo a apuração de irregularidades. Neste caso, buscam-se condições prévias de orientação e prevenção, cujas providências devem ser tomadas, em nome dos princípios legais e constitucionais e da Doutrina Jurídica da Proteção Integral.

Outrossim, não se pode afastar a efetiva participação do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, o qual, além de exercer as atribuições concernentes ao registro das entidades de atendimento e dos programas afetos à população infanto-juvenil deve ter uma participação ativa na fixação de diretrizes mínimas para funcionamento.

Alerte-se, ainda, para a elaboração de "Portarias Conjuntas" por iniciativa dos titulares de algumas Comarcas que guardam entre si certa similaridades de problemas e soluções.

Para isto, propõe um procedimento próprio, atendendo as peculiaridades que são comuns e finalmente, com a participação do Ministério Público, atendidas as formalidades indicadas no procedimento proposto por ele, ou seja, cada instituição é contemplada na decisão.

Nessa hipótese, justifica-se a aplicação do procedimento indicado pelo Promotor Murilo José Digiácomo, membro do Ministério Público do Estado do Paraná, citado por Angela Maria Silveira dos Santos, que representa um procedimento judicial específico para expedição de portarias; por razões de ordem prática, entende ser possível englobar vários casos em um único feito desde que cada qual apresente características semelhantes, seja devidamente

nominado quando de sua deflagração, individualmente vistoriado e sindicado ao longo de sua instrução e, ao final, tenha sua situação em particular devidamente analisada pela autoridade judiciária quando da fundamentação, sendo contemplado por item próprio na decisão que opta pela expedição da portaria disciplinadora respectiva"⁹.

Como medida de esclarecimento, não se pode impedir a expedição de "portarias" que visam a despertar a atenção do público que desconhece as leis existentes. Na realidade repetem apenas o que a lei já regulamenta, autoriza ou proíbe.

Opina Marcio Tadeu Silva Marques, membro do MP do Maranhão: "as portarias judiciais de caráter genérico, portanto, se justificam apenas com o sentido de trazer a pleno conhecimento dos jurisdicionados a norma legal estatal, traduzindo-a ao entendimento cotidiano da comunidade, no que pode atingir mais eficazmente aos cidadãos. (...) Prestam-se, nesta ótica, a meras reproduções de comandos legais cogentes, sem estabelecerem qualquer inovação, restringindo seus termos aos diplomas a que faz referência, sendo vedado ampliar o sentido restritivo das proibições ou amenizá-las a seu critério".¹⁰

O mesmo autor dá como exemplos: proibição de crianças acompanharem pais em ambientes de jogo, como a sinuca (art. 80 c/c 258-ECA e 247-I-CP), ou proibição de venda de bebidas alcóolicas a menores (arts. 81, inciso II, e 243 do Diploma Estatutário).

Essas Portarias não exigem a intervenção do Ministério Público por sua finalidade de elucidar e informar.

Existem situações especiais que podem exigir posicionamentos urgentes do Magistrado e que não podem esperar procedimentos formais. Cite-se, como exemplo, uma situação de risco que exija a desocupação imediata de uma instituição de abrigo; através de Portaria o Juiz determina a transferência das crianças para outro local. Hipóteses como esta devem ter a efetiva e imediata participação do

⁹ Murilo José Digiácomo *apud* Angela Maria Silveira dos Santos. *In Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Yuris, 2006, p. 671.

¹⁰ Marcio Tadeu Silva Marques. "Melhor Interesse da Criança: do Subjetivismo ao Garantismo". *In Melhor Interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 476.

Ministério Público para providências que são de sua estrita competência; na ausência do *Parquet*, autorizam o Magistrado a tomar as providências cabíveis, dando ciência em seguida ao Ministério Público. Tratando-se de "situações emergenciais", o fator tempo deve ser considerado nesse tipo de portaria. Elas são temporárias!

Não se pode afastar o poder discricionário do Juiz. O art. 70-ECA estabelece que é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Esclarece Hely Lopes Meirelles: "a discricção é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é, sempre e sempre, ilegítimo e inválido"¹¹.

Em nome da discricionariedade que lhe é peculiar, prevê expressamente o art. 153-ECA que "se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público". Autoriza, portanto, através da informalidade, os procedimentos verificatórios de situações não previstas e providências diversificadas para atender circunstâncias peculiares, fundadas em leis, com a oitiva do Ministério Público.

Diante da omissão da lei, o art. 4º da "Lei de Introdução ao Código Civil" diz que o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito. O art. 1.107-CPC, dentre as "Disposições Gerais" concernentes aos "Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária", autoriza o Juiz a "investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas". Da mesma forma, o art. 130-CPC autoriza o juiz a determinar, de ofício ou a requerimento das partes, as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Em alguns Estados brasileiros, na área da infância e juventude, institucionalizaram iniciativas conhecidas como "pedidos de pro-

¹¹ Hely Lopes Meirelles. *In Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 170.

vidências" ou "procedimentos de apuração de situação de risco", por iniciativa do Poder Judiciário ou do Ministério Público. No Estado do Rio de Janeiro, são freqüentes os procedimentos identificados por "Procedimento de Aplicação de Medida Protetiva" - PAMP, de iniciativa do Ministério Público. Ressalte-se que o referido procedimento não tem previsão legal.

Alerte-se que o Estatuto prevê procedimentos para situações especiais: o art. 155 e segs.-ECA estabelecem procedimentos para Suspensão e Perda do Poder Familiar; os arts. 165 e segs.-ECA fixam procedimentos para colocação familiar; os art. 171 e segs.-ECA indicam procedimentos de apuração do ato infracional.

Embora o art. 95-ECA preveja a competência da Justiça da Infância e Juventude, juntamente com o Ministério Público e o Conselho Tutelar, para fiscalizar entidades, não houve previsão de procedimentos pertinentes. Por isso a atribuição especial do art. 153-ECA - quando não previsto procedimento, cabe providências para investigar os fatos e ordenar de ofício, ouvido o Ministério Público.

Atente-se, também, que a competência disciplinar do Juiz da Infância e Juventude está sujeita a "limites", sempre fundados nos princípios estatutários e constitucionais.

Além da competência em razão da matéria e do lugar definidas no Estatuto, devemos ter clara a "possibilidade" dos atos jurisdicionais; o objeto da portaria deve ser suscetível de ser realizado. O motivo e justificativa representam situações de fato ou de direito que devem guardar compatibilidade entre si.

O Juiz deve ter também presentes os princípios estatutários e legais previstos; o "princípio do melhor interesse da criança" é reconhecido como princípio constitucional por força do parágrafo 2º do art. 5º-CF.

Identificados os Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente previstos no art. 227-CF e, finalmente, atendido o princípio da dignidade humana, não se pode afastar a competência da autoridade judiciária para providências que julgar necessárias e oportunas.

Também o art. 6º-ECA estabelece que "na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigên-

cias do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

Sobre esta condição peculiar completa Antônio Carlos Gomes da Costa: "a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades sociais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, a sua maneira, o período de plenitude que deve ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado".¹²

A "Doutrina Jurídica da Proteção Integral" deve ser também norteadora das decisões judiciais; Paulo Afonso Garrido de Paula, defendendo uma Tutela Jurisdicional Diferenciada para Infância e Juventude, refere-se à proteção integral como "um conjunto de normas jurídicas concedidas como direitos e garantias frente ao mundo adulto, colocando os pequenos como sujeitos ativos de situações jurídicas. A moral e valores sociais são apenas elementos informadores ou determinantes da lei, devendo ser afastada qualquer consideração extrajurídica permissiva da intromissão de outros componentes da definição de seu conteúdo"¹³.

Não se pode afastar a atuação do Ministério Público na expedição de Alvarás e emissão de Portarias, por força dos arts. 202/205-ECA, quando deverá ser ouvido. Não lhe cabe referendar, mas "opinar". Além das hipóteses em que é legítima a iniciativa de ações, para promover inquéritos e investigações, manifestar-se favorável ou contrariamente à pretensão ou interesse das partes, fazer exigências pertinentes ao caso e recorrer das decisões contrárias aos interesses públicos e institucionais. Caso não opine oportunamente, poderá o juiz requisitar os autos para prosseguir no feito e dar as providências que julgar necessárias.

Alerte-se para o art. 199-ECA ao determinar que cabe recurso de Apelação "das decisões" proferidas contra portarias previstas no

¹² Antônio Carlos Gomes da Costa. *In Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado* (coord. Cury, Amaral e Silva, Méndez). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53.

¹³ Paulo Afonso Garrido de Paula. *In Direito da criança e do Adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.

art. 149-ECA baixadas pelo Juiz da Infância e Juventude. O Estatuto diz expressamente que cabe o apelo das "decisões" e não das Portarias!

Apesar de questionada sua aplicabilidade, não se pode afastar a possibilidade de Mandado de Segurança contra Portaria Judicial, se comprovada a lesão de direito líquido e certo do cidadão, na forma do art. 5º - LXIX-CF. Não havendo "decisão" decorrente da Portaria, também caberá ao Ministério Público o mesmo recurso. Não se pode excepcionar esta medida, sobretudo se está presente a violação do princípio da "motivação das decisões judiciais", estabelecido no art. 93-IX-CF. Mesmo as decisões de natureza administrativa também devem ser fundamentadas.

Dessa forma, podemos concluir que:

a - Tratando-se de Portarias na "órbita interna", dos Juizados da Infância e Juventude, atendidos os princípios da Organização Judiciária do Tribunal de Justiça, são atos discricionários da autoridade judiciária competente, os quais independem da aprovação do Ministério Público. Trata-se de competência tipicamente administrativa do Titular do Juízo para disciplinar a atuação dos servidores e organizar, administrativamente, o serviço do Cartório.

b - Tratando-se de Portaria na "órbita exterior", devem ser reconhecidas vários tipos de Portarias e devem ser respeitadas as situações estabelecidas.

b -1- As "Portarias normativas" previstas no art. 149-ECA pertinentes às diversões e espetáculos que guardam certas características de generalidades, podem ser disciplinadas de forma geral (horário, idade permitida, etc.). No entanto, exigirão obrigatoriamente alvarás individuais à participação de criança e adolescente em espetáculos públicos e seus ensaios e certames de beleza. Em princípio, são dispensados de Alvarás e Portarias os eventos que se realizam nos lougradouros públicos.

b -2 - As "Portarias Esclarecedoras" restringem seus termos aos diplomas a que faz referência, sendo vedado ampliar o sentido restritivo das proibições ou amenizá-las a seu critério. Dispensa-se a manifestação do Ministério Público.

b -3 - As "Portarias Normativas Diretivas" têm o objetivo de fixar diretrizes mínimas para situações assemelhadas, devendo ser

regulamentadas, através de procedimento de jurisdição voluntária, sempre com a oitiva do Ministério Público antes de sua expedição.

b-4 - As "Portarias emergenciais" que visam atender situações de urgência autorizam ao juiz sua expedição sem a oitiva prévia do *Parquet*, dando ciência no mesmo ato ao Ministério Público, convocando-o para outras providências que são de sua estrita competência. São geralmente temporárias.

b -5 - As "Portarias conjuntas" devem ser emitidas a partir de procedimento de jurisdição voluntária, a exemplo daquele proposto por Murilo José Digiácomo, sempre acompanhado pelo Ministério Público.

b -6 - As "Portarias Executórias" estão previstas expressamente no art. 191-ECA com a finalidade de iniciar a apuração de irregularidades em entidade governamental ou não-governamental.

c - No âmbito do seu poder discricionário, pode o Juiz de Infância e Juventude, ouvido o Ministério Público, orientado pelos princípios legais e doutrinários, fundamentando-se, quando oportuno, no art.153-ECA, investigar fatos e ordenar de ofício as providências que julgar necessárias.

d - Não se pode afastar a competência do Conselho de Direito da Criança e do Adolescente, num trabalho articulado, para participar, também, da elaboração dos critérios para a fiscalização, além de suas atribuições para registro de entidades de atendimento (art. 91-ECA).

e - Alerta-se, finalmente, que o Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação CNJ nº 5, de 4 de julho de 2006, advertiu sobre a conveniência do estudo da viabilidade da criação de Varas Especializadas em Direito de Família, Sucessões, Infância e Juventude, e de Câmaras ou Turmas com competência exclusiva ou preferencial sobre tais matérias. Esta iniciativa propiciará ao julgador maior aprofundamento na especialidade e dinamizará a prestação jurisdicional, sem pôr em dúvida a diversidade do assunto.☐