

## **GUARACI DE CAMPOS VIANNA**

Expositor da EMERJ - Professor Universitário - Presidente da Abraminj - Mestre em Ciências Penais pela UCAM

### **PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE**

**GUARACI DE CAMPOS VIANNA**

*Professor titular da Faculdade de Direito UniverCidade da Cidade do Rio de Janeiro.*

*Desembargador do TJ-RJ*

*Mestrando em Direito.*

**SUMÁRIO:** *I – Atividade do Juiz e do Juízo; II – Atividades Anômalas na justiça da infância e da juventude; III – Atividades judiciais do Judiciário; VI – Tipos de processos e de procedimentos que tramitam na Justiça da Infância e da Juventude; V – Poder Normativo da Justiça da Infância e Juventude como Prevenção; VI – Legalidade.*

“Um ministro contou-me uma anedota a respeito de dois pastores, muito amigos e grandes fumantes. Ambos escreveram ao Superior. Um perguntou: “Posso fumar enquanto rezo?” Foi-lhe negada a permissão. O outro escreveu: “Posso rezar enquanto fumo?” Recebeu a permissão pedida!  
Contam que Lukman, o sábio, foi condenado certa vez a matar uma ovelha e tirar dela seus dois melhores componentes. Tirou a língua e o coração. Dias depois, condenaram-no a matar outra ovelha e tirar dela seus piores componentes. Tirou novamente a língua e o coração. Pediram-lhe que se explicasse. Respondeu: “Nada é melhor quando forem bons e nada é pior quando forem ruins”.

#### **I – ATIVIDADES DO JUIZ E DO JUÍZO:**

Estudiosos do Direito Tutelar consideram o Juiz da Infância e da Juventude um Agente da própria Justiça da Infância e Juventude. Um Agente que conta com (ou deveria contar) uma equipe técnica que o auxilie (art. 152 da Lei 8069/90). Os auxiliares do Juízo na Justiça Especializada acabam sendo confundidos com os auxiliares do Juiz. Mas, uma coisa ou outra, não se pode perder de vista a noção básica de que o auxiliar, o assistente, são pessoas essenciais para o desenvolvimento das atividades-meio do Juizado, ou seja, fornecem uma infra-estrutura técnica e administrativa para que o Juizado possa atingir seus objetivos.

Para tanto, mister se faz saber quais são os objetivos do Juízo e isso só é possível se tivermos plena consciência das atividades desenvolvidas, inerentes ao órgão e

exercidas a nível primário pela autoridade judiciária. Socorremo-nos, ainda, das lições de alguns estudiosos da matéria, para caracterizar as atividades referidas como sendo: **atividade judicante, atividade meio, atividade de interdependência e atividade de reflexão.**

A **atividade judicante** visa a realização do Direito, a atuação prática das normas abstratas que integram o direito objetivo. É evidente, portanto, que essa atividade se baseia no complexo normativo que prevê situações conflituais e que norteia o Juiz na escolha das alternativas que a ele se oferecem. A Lei abstrata não é tão importante quanto a Lei aplicada a um caso concreto e é esta que prevalece, sob o manto da coisa julgada. Mas, não basta que se explicita esse complexo normativo e que se identifiquem as situações-problema da criança ou do adolescente. É sempre mister que a atividade judicante não esteja apartada do contexto social onde está inserida, para que o Juiz não transforme sua atuação na tarefa mecânica e automática de tornar concreta a norma abstrata. O Juiz é um agente com funções sociais.

A **atividade-meio**, já referida acima, na parte referente as atribuições do Juiz, destina-se basicamente em tornar um todo harmônico as atividades cartorárias, administrativas e técnicas (psicologia, serviço social, comissariado, etc.), desenvolvidas através dos setores que se não estão, deveriam estar articulados e conscientes da importância de os mesmos entenderem que são como membros de um corpo indissolúvel e através da manifestação de um deles pode ser julgado todo o corpo.

**A atividade de interdependência** compreendem dois aspectos fundamentais:

**Interdependência interna** - que se refere à atuação desenvolvida no sentido de coordenar os diversos serviços que compõem a infra-estrutura do Juizado.

Esse tipo de atividade pressupõe a participação de profissionais de várias especialidades, tendo em vista as áreas a serem atingidas pela coordenação-judiciária, administrativa e técnica - e as várias fases do processo de coordenação.

Tal atividade, canalizada para o atendimento do objeto a que se destina a Justiça e dos objetivos por ela visados, redundaria numa racionalização das atividades-meio, evitando-se desperdício de esforços e de pessoal, desde que a atuação seria norteadas pelos princípios básicos do planejamento.

**Interdependência externa** - que diz respeito ao inter-relacionamento entre o Juizado e a comunidade, em termos de atendimento ao problema da criança e do adolescente.

A realidade mostra que os recursos e equipamentos próprios do Juizado, mesmo nas Comarcas dos grandes centros, nem sempre são suficientes para o atendimento da problemática, em toda a sua extensão, o que leva o Juiz a recorrer, com frequência, aos recursos que a comunidade oferece. De outro lado, o conhecimento vivencial e cotidiano do Juiz da Infância, acerca dos fenômenos causadores e conseqüentes da problemática, confere-lhe condições para orientar a comunidade, em relação à identificação e equacionamento do problema e dos recursos para a sua solução, sejam eles de caráter terapêutico, preventivo ou promocional. Recomenda-se a identificação dos recursos da comunidade e divulgar a atuação da Justiça, da Infância e Juventude, além de estimular a criação e adequação dos recursos sociais.

As **atividades de reflexão** consistem num dimensionamento crítico que o Juiz faz de sua própria atuação. É um estudo retrospectivo, analítico e sistemático, da própria ação judicante, dos procedimentos técnicos e administrativos e da problemática. Constitui-se numa tarefa a ser repreendida pelo Juiz juntamente com os elementos mais diretamente ligados à sua ação, bem como com os setores conjugados.

Os objetivos precípuos desta atividade reflexiva são a formulação de generalizações e de princípios operacionais que possam orientar a ação, o fornecimento de subsídios e diretrizes para o delineamento da ação social e formulação da Política Social, bem como a contribuição das outras profissões que tenham como objeto de sua ação o adolescente e ao próprio ensino do Direito e preparação dos magistrados, em geral, e Juiz da Infância e Juventude em particular.

Portanto, os objetivos da atividade reflexiva, em síntese são: a comunicação, a teorização e a aplicação dos resultados obtidos.

Daí ser importante deixar bem patenteado que, o exercício cotidiano das atividades-meio e de interdependência não podem ser difundidos de modo disperso sob pena de causar transtornos, contratempos e impasses inconciliáveis ou prejudiciais às atividades judicantes.

Tudo isso deve ser entranhado em cada um de nós, principalmente porque desde o famoso caso “MARBURY x MADISON“ que introduziu o controle judicial da constitucionalidade, o Poder Judiciário ficou com a difícil missão de dar a “última palavra“ . Não é este ou aquele Juiz, mas sim um Poder do Estado encarregado de emitir o pronunciamento definitivo.

## **II – ATIVIDADES ANÔMALAS NA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE.**

Como afirmou Protagoras, em seus Fragmentos, *"uma proposição comporta pelo menos duas ordens de raciocínio e cabe ao retórico converter a mais fraca na mais forte"*.

Dessa forma, seguindo o desiderato que a melhor forma de desenvolver o raciocínio jurídico é estimular o pensamento, procuramos fazer um enfoque do tema abordando também outros aspectos correlatos, sem cair nas abstrações e controvérsias suscitadas por citações amiudadas, fatigando o leitor.

Por isso, será necessário relembrar algumas considerações a respeito do Poder Judiciário. Sim, porque para saber suas atividades e preciso conhecê-lo e o Judiciário é quase inteiramente desconhecido, em sua organização e seus mecanismos, até das pessoas medianamente cultas.

Muitas vezes o Poder Judiciário é confundido com a figura do Juiz (e nem sempre é possível fazer uma nítida separação entre um e outro).

Aqueles que não se defrontam com o magistrado fazem dele, muitas vezes, uma idéia inteiramente falsa. Curiosamente, o juiz criminal impressiona o homem do povo, hipertrofiando a sua imagem para abranger todos os demais juizes. Hoje, o Juiz da Infância e Juventude, tem sua imagem, curiosamente, hipertrofiada na sociedade e diminuída, desconsiderada e incompreendida nos meios jurídicos, com raras exceções.

É evidente que o magistrado não é um super-homem e nem um semi-Deus. É um homem a quem o Estado (possivelmente com participação divina) confiou a missão de julgar. Melhor dizendo, um homem a quem cabe o exercício da função jurisdicional do Estado.

Essa função jurisdicional, que doravante denominaremos de jurisdição (do latim *jurisdictio* = declaração ou proclamação do direito) pode ser considerada em dupla acepção: *Latu sensu* e *strictu sensu*.

No sentido amplo, é o poder de conhecer dos negócios públicos e resolvê-los dentro dos diversos círculos de relações da vida social. Daí não ser, nesta acepção, errôneo dizer jurisdição eclesiástica, jurisdição administrativa, jurisdição consular.

No sentido restrito, jurisdição é o poder conferido pela Lei às autoridades judiciárias, no exercício de suas respectivas funções, de administrar justiça.

Desse modo considerada, a jurisdição é um atributo da soberania nacional. É a manifestação visível e positiva da atividade do Poder Judiciário.

Terceiro dos poderes (*rectius*, função) do Estado na Lição clássica, o Judiciário está incumbido de fazer justiça. Há quem afirme que, mesmo quando anda fora das calçadas do legislador (v.g. aplicando norma como se legislador fosse, em casos especialíssimos) o juiz o faz autorizado por Lei. Há uma reserva legal, que não se dissocia da missão judicante.

Entretanto, há quem afirme que " dizer que o juiz existe para aplicar a Lei, e não para fazer justiça, é uma heresia ". Tanto que existe o juízo de equidade, admitido no Código de Processo Civil. (art. 127).

De nossa parte, pensamos que o Judiciário não exerce a jurisdição como um mero aplicador de textos legais. É inato à sua função um certo elastério, porque "*na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e a exigência do bem comum*"(art. 5º da LICC).

Todavia, no Estado moderno, fazer justiça se confunde com aplicar a Lei, daí a conceituação tradicional segundo a qual o Judiciário "*tem por missão aplicar contenciosamente a Lei a casos particulares*".

Esse conceito, (que é de Pedro Lessa) já sugere quão problemática é a colocação do Judiciário como executante de uma função, por sua natureza distinta do Estado. De fato, em sua substância, essa função é executar ou aplicar a Lei a casos particulares, o que é objeto também da função executiva.

Críticas foram feitas a essa conceituação principalmente por Paulo Lacerda e Pontes de Miranda, sob o fundamento de que o Judiciário não se limita, no âmbito de suas

funções à aplicação contenciosa da Lei. Além disso, a função jurisdicional pode ser atribuída a outros Poderes (*rectius*, funções). O mesmo se dá com a função legislativa, que não é toda entregue ao Legislativo e a executiva que não fica inteira nas mãos do Judiciário.

O Judiciário pode ter atuações não jurisdicionais, típicas de outras funções (elaboração de regimento interno, prover cargos da administração da Justiça), mas em caráter transitório e excepcional.

Contudo atividades existem, não jurisdicionais, que foram entregues ao Judiciário de modo permanente, ainda que revestida da característica de excepcional. São as atividades anômalas (anormal, irregular) do Poder Judiciário.

Para ter-se uma noção das atividades anômalas, é preciso primeiro saber quais são as atividades típicas do Judiciário.

O Direito está presente em toda a vida social. A todo instante e em quase todas as ações, os homens comportam-se de acordo com regras éticas e jurídicas, cuja atividade difusa regula todas as condutas. As normas de Direito estão por toda parte e sua influência modeladora de atos humanos é exercida por vezes imperceptivelmente.

Todavia, existem situações em que o conflito se materializa, sendo necessário recorrer a Instituições e pessoas capazes de acomodá-lo dando-lhe solução. É o momento de aplicar, então, normas jurídicas específicas. Mobiliza-se, para tanto, mediadores diversos: Juizes, Tribunais, árbitros, conciliadores, agentes públicos e privados, etc.

A função de julgar (dirimir conflitos) é tão antiga como a própria sociedade. Com certeza, mais antiga do que a função legislativa, pois antes de ser limitada a atuação do julgador, este já exercia a função com fulcro nas regras perenes do direito natural ou no mero bom senso (o exemplo salomônico da disputa de uma criança por duas pessoas que se diziam mãe já é tradicional).

De início, a função de julgar, como a de editar o Direito, e a de o aplicar, se concentrava na pessoa do Rei ou chefe do clã.

Posteriormente passou ela a um delegado ou preposto deste. Surgiu então a figura do Juiz. Se bem que dependente do soberano. Esta é uma regra geral. Em alguns povos havia assembléias para julgamento de questões de maior gravidade.

A função se encontrava, com frequência associada à religião, recrutando-se juizes das classes sacerdotais. Assim era, entre os persas, egípcios, assírios, persas e judeus.

A diferenciação do Poder Judiciário correspondeu a um estágio mais elevado dos grupos sociais.

Da função de reintegrar as relações de Direito pela aplicação da Lei aos casos singulares e sobre a provocação da parte interessada, vem a noção política da jurisdição como sendo a faculdade que tem o Poder Judiciário de pronunciar concretamente a aplicação do direito objetivo.

No Direito Romano a jurisdição era composta por dois elementos: *notio* (conhecimento dos fatos sujeitos à deliberação do juiz) e o *judicium* (o respectivo julgamento, pelo qual se declarava o direito aplicável conforme a Lei ou se impunha uma pena legal). A faculdade de dar execução ou de fazer efetivos os julgados não se incluía na jurisdição.

Os atos executórios, denominados atos de império que era conferido, por privilégio especial e pessoal, a certas pessoas, em geral magistrados (*imperium merum*) ou andava sempre ligado a certos cargos (*imperium mixtum*). O primeiro referia-se à repressão do crime e o segundo aos demais casos.

No Direito Pátrio, como na maioria dos Direitos Modernos, o conceito de jurisdição se fez compreender, além da *notio* e do *judicium*, o *imperium*, pois sem este último, a jurisdição ficaria sem efeito e sujeita ao desprezo popular.

A jurisdição tem o seu fundamento no princípio de que numa sociedade regularmente organizada, ninguém pode fazer justiça por suas próprias mãos.

Por essa razão é que a moderna doutrina processual caracteriza a função jurisdicional como uma "atividade de substituição", a qual é exercida pelo Judiciário com independência, imparcialidade e mediante provocação, em um processo contraditório.

Praticamente, não há matéria, por sua natureza, vedada ao Judiciário. Sempre que houver lesão a direitos particulares cabe recurso ao Judiciário (art. 5º, XXXV da CF).

E as questões políticas (entendidas como aquelas que a Constituição confere à apreciação discricionária do Executivo ou Legislativo)? A apreciação da conveniência ou utilidade está fora do campo do Judiciário, desde que não haja lesão de direito subjetivo.

Destarte, quando surge um conflito de interesses ou pretensão resistida, uma das reações que se podem operar é a de se resolver o litígio com o processo, através de ato de autoridade. Produzido o litígio é necessário que ele se resolva por obra dos próprios litigantes ou mediante decisão imperativa de um terceiro.

A última solução do antagonismo é a imparcial e constitui o processo. Todavia, os titulares dos interesses em antagonismo podem eles próprios resolver a situação litigiosa, quer pela imposição dos interesses de um deles (solução egoísta ou autodefesa) com sacrifício do interesse do outro, quer pelo consentimento espontâneo de um dos contendores (ou dos dois) em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte (resolução altruísta ou auto-composição). Exemplos de autodefesa: procedimento penal inquisitivo. De auto-composição: juízo arbitral.

Normalmente tais situações não são muito utilizadas no sistema processual moderno. Pode-se dizer, principalmente nas justiças especializadas, como as da Infância e da Juventude \_ onde os procedimentos de jurisdição voluntária sobrelevam aos demais \_ que tais formas de composição de litígio escasseiam como a água no deserto.

### **III - ATIVIDADES JUDICIAIS DO JUDICIÁRIO**

Através de sua evolução política e formação histórica, tem tido o Judiciário atribuições variadas e múltiplas. Detêm não só o poder de julgar, como também o de administrar e o de estabelecer fontes normativas do Direito (*secundum legem* ou *praeter legem*). O que se vê é a colaboração constante do Judiciário ou pela construção de regras imperativas ou pela fixação das normas consuetudinárias ou pela edificação do direito jurisprudencial, entrando o Juiz nos domínios que só ao legislador estavam reservados.

Na esfera administrativa, maior é ainda o contingente que se descobre nas variadas atribuições do Judiciário. A jurisdição voluntária, a atividade censória dos órgãos disciplinares da Magistratura, a organização do serviço interno dos Tribunais e o poder de polícia dos magistrados nas audiências e sessões. Essas funções quase sempre estiveram afetas à Magistratura.

Vê-se, pois, que o Judiciário não está confinado à aplicação da norma aos casos contenciosos. A Teoria da Tripartição dos Poderes (*rectius*, funções) de Montesquieu não



é rígida e matemática. O Poder Legislativo edita o Direito. Pelo Poder Executivo, aplica o Estado esse Direito, realizando sua função administrativa e pelo Judiciário, também aplica o Direito, mas o faz primordialmente na solução e composição de conflitos de interesses, capazes de conturbar a ordem jurídica. Todavia, repita-se, há interferências funcionais entre esses poderes.

A realidade tem demonstrado ser impossível a completa aplicação da rígida e mecânica tripartição de poderes.

Se o Poder Judiciário é o órgão da soberania nacional que tem por função básica e específica a aplicação contenciosa do Direito (atividades jurisdicionais) outras funções lhe atribuem a Constituição e a Lei ordinária.

Por isso Leon Duguit afirmou que os órgãos da magistratura podem praticar atos judiciários e atos jurisdicionais.

Entre nós, Frederico Marques preferiu utilizar a expressão "**ato judiciário**" em *sentido lato* (abrangendo a tudo o que for atribuído ao Judiciário) e em sentido estrito (só o ato jurisdicional). Na verdade este só incorpora os atos materialmente jurisdicionais e aquele (sentido lato) compreende, sob o critério orgânico e formal, as atribuições da magistratura de natureza diversa da jurisdicional.

O caráter judiciário de um ato estatal é eminentemente orgânico e subjetivo. Quando o órgão judiciário não exerce a função jurisdicional, nem por isso desaparecem os traços que o distinguem nas instituições estatais. A atuação do Juiz não sofre injunções de outros Poderes do Estado, quer este atue num campo ou noutro.

As funções não jurisdicionais da magistratura refulgem de suas atribuições específicas. É uma interferência funcional, pois o Judiciário normalmente não teria atribuição para praticá-lo.

Na interferência funcional há que distinguir: as atividades secundárias; os atos de governo interno do órgão estatal e as atividades anômalas.

A função secundária, antes de traduzir uma anomalia, é considerada um desvio normal. Trata-se de atividade estável e permanente, conferida a um órgão que tem competência primária e específica em relação a outra classe de atividade. Função secundária do Judiciário é a chamada jurisdição voluntária, atividade administrativa conferida por longa tradição, aos órgãos judiciários.

Ato de governo interno é a chamada autonomia. Manifestação da capacidade do órgão para o governo, direção e controle de seus serviços, realizada através de atividade material e formalmente administrativa. É o poder governativo da Justiça, para prover ao bom e eficaz funcionamento do serviço e atividade pública da Justiça (concurso para escrevente, férias de funcionário, licença de magistrado).

Em se tratando de atividades anômalas, o Juiz não é titular desses interesses administrativos e sim de uma atividade ou serviço público que não pertence ao organismo do Judiciário.

Para exemplificar, citamos o caso em que o juiz remete o Procurador Geral da Justiça o inquérito em que não quis o Ministério Público oferecer denúncia (art. 28 do CPP). É o juiz fiscal da obrigatoriedade da ação penal. Idem artigo 419 do CPP.

Na Justiça da Infância e da Juventude existem muitas atividades anômalas, assim entendidas como atividades que, por sua natureza, nunca pertenceram às atividades normais do Poder Judiciário e ficariam melhor colocadas como sendo específicas (e típicas) de outro Poder, mas o legislador, talvez desejando revesti-las com o manto da imparcialidade, as nominou como sendo da competência (melhor seria atribuição) do Poder desarmado. Assim a autorização para viagem (arts. 83/85 da Lei. 8.069/90), que na verdade representa um controle do exercício do Poder Familiar do Estado. Na verdade o juiz só deveria intervir no Poder Familiar quando houvesse divergência entre os pais (art. 21 da Lei 8.069/90). Na verdade, fora dessa hipótese esse controle deveria ser feito pelas empresas transportadoras e não pelo Juizado.

Outra hipótese de anomalia funcional é a fiscalização das entidades não governamentais (art. 95 da Lei 8.069/90). Na verdade o Judiciário que fiscaliza é o mesmo que impõe as penalidades (art. 194) após o devido processo legal. Do mesmo jaez o disposto no artigo 181 da Lei 8.069/90, onde o juiz passa a ser fiscal da obrigatoriedade da ação sócio-educativa, a exemplo do que ocorre na ação penal pública (art. 28 do CPP).

Veja-se o disposto no artigo 262 do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde o próprio texto legal fala que não é função jurisdicional (vejamos o art. 131 da mesma Lei). Finalmente temos a disciplina da entrada e permanência de crianças e adolescentes em estádio, ginásios, etc. - art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente - que ficariam melhor alocadas nas atribuições do Poder Executivo.

Por outro enfoque, vamos analisar uma situação bastante comum nos grandes centros: havendo necessidade de se atuar na prevenção, quanto a, por exemplo, consumo de bebidas alcoólicas, ou quanto a regulamentação do Direito de visitas nos abrigos, ou quanto a autorização de saída das crianças institucionalizadas nos finais de semana, ou nos festejos natalinos, o Juiz deve emitir uma autorização para cada jovem, para cada Estabelecimento que vende bebidas alcoólicas? Ou para cada criança abrigada ou internada? Ou seria para cada Abrigo ou Internato?

Tais providências, essenciais às atividades da Vara da Infância, estão implícitas na Lei, mas não constam no art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por isso são proibidas? Claro que não, são Atividades Judiciais da Justiça da Infância e da Juventude.

Como funções não jurisdicionais, mas necessárias (ou imprescindíveis) ao normal funcionamento do juízo podemos citar a de formar um corpo técnico composto por assistentes sociais, psicólogos e até mesmo comissários (equipe interprofissional), a fim de diagnosticar os casos nas áreas específicas e permitir a escolha da medida mais acertada. Em quase todos os procedimentos - família substituta, ato infracional, destituição do Poder Familiar - há o dever legal de se colher antes da decisão um parecer técnico. Pois bem, essa equipe interprofissional, esse corpo de agentes é, pela Lei, formado pelo Judiciário nos exatos termos do art. 150 da Lei 8.069/90.

Por outro lado, como já tivemos oportunidade de observar existem na Lei 8.069/90 algumas questões que são examinadas pelo Judiciário, mas que na verdade seriam funções de outros órgãos ou pessoas e justamente por isso, são tidas por anômalas. Podemos citar o controle judicial do arquivamento e da remissão concedida pelo Ministério Público no procedimento para apuração de ato infracional atribuído a adolescente (art. 181 da Lei 8.069/90), a disciplina da entrada e permanência de crianças e adolescentes em estádio, ginásio ou campo desportivo, bailes e promoções dançantes, boates e congêneres, etc. (art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e a autorização para viajar (art. 83 do mesmo diploma legal). São funções que não dizem respeito às atividades jurisdicional ou não jurisdicional do Poder Judiciário, mas que o legislador preferiu deixar nas mãos do juiz. Não são atividades típicas do Judiciário e podem ser, então, denominadas anômalas.

#### **IV - TIPOS DE PROCESSOS E DE PROCEDIMENTOS QUE TRAMITAM NA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE:**

Já ficou assentado que pode haver processos com ou sem contraditório, ou seja, de jurisdição contenciosa ou voluntária (com algumas particularidades) na Justiça da Infância e da Juventude.

Também não há dificuldades para descobrir quais as ações cotidianas na justiça tutelar. O exame atento do art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente nos dá os tipos de ações (e, conseqüentemente de processos) que tramitam perante o juízo de "menores".

Entretanto, além das representações para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, das ações civis públicas fundadas em interesses afetos à criança e ao adolescente, das adoções, das ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, ou para aplicar penalidades administrativas aos pais, dirigentes de entidades e outras pessoas - ver arts. 245 a 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente - dos casos encaminhados pelo Conselho Tutelar (art. 148, *caput*) ou das ações de guarda, tutela, destituição, perda ou modificação do pátrio poder, guarda ou tutela, de suprimento de capacidade ou consentimento para casar, emancipação, designação de curador especial, ação de alimentos e as atinentes ao registro civil, quando a criança ou o adolescente se enquadrar numa das hipóteses previstas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, existem outros processos, outras ações que podem ser apreciadas na justiça tutelar ?

A resposta é afirmativa.

Há uma quantidade imensa de casos que, embora não mencionados no art. 148 são inquestionavelmente da competência da justiça tutelar. Os exemplos são múltiplos: Qual o juízo competente para, v.g., exigir que os hospitais proporcionem condições para a permanência em tempo integral de um dos pais ou responsável, no caso de internação de criança ou adolescente (art. 12 do Estatuto da Criança e do Adolescente)? E para os pais terem ciência do processo pedagógico de ensino nas escolas (art. 53, parágrafo único do

Estatuto da Criança e do Adolescente)? Como garantir judicialmente a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública (art. 4º, parágrafo único)?

O mesmo pode ser dito com relação às Portarias e/ou alvarás. O rol do art. 149 do ECA não é exaustivo ou taxativo. O STJ, através da 4ª Turma - MS n. 1343-910020494, estabeleceu conclusão, a princípio óbvia, mas que não é compreendida por alguns, segundo a qual “*É atribuição da Autoridade Judiciária disciplinar mediante Portarias e Alvarás, tudo o que vise a proteger a criança e o adolescente*”.

Parece claro que a competência é da Justiça da Infância e da Juventude. Apesar de não haver previsão expressa no art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente, as matérias postas em foco são decorrentes do sistema tutelar e, *veniam petimus* para dizer o rol dos assuntos mencionados no citado artigo 148 não é exaustivo.

Veja-se que não há como subtrair do adolescente o direito de postular a revisão ou substituição da medida sócio-educativa imposta pela prática de um ato infracional (conforme artigos 99/100, 113, 111, 124, II, 141 e 207 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e esse assunto não está regulado no art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nos comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, coordenado por Liborni Siqueira - Forense - 1991 -, pág. 245, o ilustrado juriconsulto Nagib Slaibi Filho, ao discorrer sobre o art. 212 da Lei 8.069/90, com a maestria que lhe é peculiar, asseverou:

Até mesmo garantias não cíveis poderão ser utilizadas, como o *habeas corpus* (pois é a típica "ação popular", cabendo a qualquer do povo, que se legitima, inclusive extraordinariamente, na defesa do direito de locomoção de outrem) ou a ação penal privada subsidiária (CF, art. 5º, LIX).

A seguir, um pequeno rol, não exaustivo, das ações de defesa dos interesses da criança e do adolescente, reiterando que não importa a "ação", mas o conteúdo do direito ou da *res in judicio deducta*:

- a) habeas corpus (CF, art. 5º, LXVIII, CPP, art. 647 e segs.);
- b) habeas data (CF, art. 5º, LXXII, em que só há legitimação ordinária, devendo, assim, a criança vir representada e o adolescente assistido pelos seus tutores natos; se eles não existirem ou o interesse for incompatível, o juiz lhes nomeará curador, nos termos do art. 387 do Código Civil e art. 9º, I, do CPC);
- c) mandado de segurança individual (CF, art. 5º, LXIX, Lei nº 1.533/1951, só para a defesa do interesse individual da criança ou do adolescente);

- d) mandado de segurança coletivo (CF, artº 5º, LXX, a despeito do nome, serve também para a defesa de interesses difusos, além dos coletivos, para o qual há legitimação extraordinária da associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, na defesa dos interesses institucionais);
- e) mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI, tanto para a defesa dos interesses individuais, como coletivos ou difusos, desde que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade e à cidadania da criança e do adolescente. Observe-se que o art. 16, VI, do Estatuto, erigiu o direito da criança e do adolescente a participar da vida política, na forma da lei se não houver regulamentação, caberá o mandado de injunção para o exercício de tal direito de cidadania);
- f) ação popular (CF, art. 5º, LXXIII, Lei nº 4.717/1965, para a qual está legitimado o adolescente que seja cidadão, isto é, inscrito como eleitor, bem como outro qualquer cidadão, inclusive na defesa do patrimônio público ou da moralidade administrativa, cujo ato impugnado seja lesivo aos direitos da criança e do adolescente);
- g) ação civil pública (Leis nºs 7.347/1985 e 7.853/1989, Estatuto, art. 224);
- i) ações especiais, tanto aquelas previstas no Código de Processo Civil (como a ação de consignação em pagamento) como na legislação extravagante, como, por exemplo, a ação mandamental do art. 212, § 2º.

Por outro lado, a despeito da ausência de previsão legal, sustentamos ser possível, viável e até mesmo recomendável a instauração, até mesmo de ofício, de procedimentos verificatórios ou de investigação judicial preliminar para apuração de ocorrência (ou não) de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente (art. 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente). O art. 73 da Lei 8.069/90 fala da responsabilização pela inobservância das normas preventivas (v.g. arts. 74 a 85), mas é necessário apurar para fornecer ao Ministério Público, por exemplo, elementos para o início da ação cabível.

Como as instâncias são diferentes e não há inibição de se apurar a nível administrativo o que está sendo apurado penal e civilmente, entendemos que mesmo com a instauração da ação penal, deve-se apurar na justiça tutelar a infringência de norma estatutária, até mesmo para se aplicar a multa prevista no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Havendo mera suspeita de maus tratos (art. 13 da Lei 8.069/90) ante a inércia do Conselho Tutelar, ou mesmo na sua atuação, não se deve apurar as circunstâncias antes de se colocar o caso na esfera criminal?

Se uma mãe abandona um filho, não se deve apurar a causa ou se a mesma possui outros filhos?

Se um pai impede o filho de estudar, não é necessária uma verificação do caso?

A praxe judiciária institucionalizou o chamado "pedido de providências" que, na verdade, não retrata uma ação e nem há um procedimento, no sentido de rito, mas uma investigação judicial preliminar, a análise de uma ocorrência que até pode chegar a aplicação de uma das medidas específicas de proteção (art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Deve-se observar, entretanto, o disposto no art. 153, com as ressalvas já feitas quanto ao contraditório e a ampla defesa.

Aliás, isso não é nada inovador: o artigo 160 do Decreto nº 17.943-A, de 17.10.1927 (antigo Código Mello Mattos) diz que "*Antes de ser iniciada a ação própria, o juiz pode proceder administrativamente às investigações que julgar convenientes, ouvindo o curador de menores quando entender oportuno*". Há quem sustente que o art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente é repositório do dispositivo acima enfocado.

Quanto aos procedimentos a Lei 8.069/90 regulou apenas o de perda e suspensão do Pátrio Poder (art. 155), o de destituição da tutela (art. 164), o de colocação em família substituta - guarda, tutela e adoção (art. 165), o de apuração de ato infracional atribuído a adolescente (art. 171), o de apuração de irregularidades em entidade de atendimento (art. 191), o de apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente (art. 194) e para a proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos (arts. 215 e seguintes).

Para os demais tipos de ações temos ou a aplicação subsidiária de outras Leis procedimentais (arts. 224, 198 e 152) ou se observa o já mencionado artigo 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É importante ressaltar que, a princípio foi introduzida uma jurisdição especial sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, onde não importa o modo procedimental, o rito ou o batismo da ação pela qual a questão é levada ao Judiciário. Sobreleva a qualquer interesse o conteúdo do direito em discussão. O procedimento é apenas um meio de instrumentalizar a jurisdição.

Nossa intenção ao trazer à lume algumas idéias foi a de acabar com o estigma ainda presente em alguns de que na Justiça da Infância e da Juventude os princípios e garantias processuais são deserdados ou renegados a último plano. Ou que as matérias ali discutidas se restringem aos "menores em situação irregular".

Também tivemos a ousadia de, agora a nível de Teoria Geral do Processo, posicionarmos contrariamente, na esteira de inúmeros processualistas, à idéia de que a jurisdição voluntária é função anômala do Judiciário. Na verdade a jurisdição graciosa é função típica do Judiciário e a Justiça da Infância e da Juventude é recheada de casos que tem o mesmo perfil.

A parte inicial, essencialmente teórica, teve por escopo provar que a jurisdição é uma e a justiça tutelar obedece aos mesmos caracteres das outras. O juiz exerce a jurisdição dentro do processo e somente diante dele.

Os temas colocados em debate, de maneira superficial merece um estudo mais acurado e uma reflexão profunda carecendo ainda de um estudo sistemático e abrangente.

Talvez haja uma boa alma que substitua algumas idéias antigas por outras melhores. Pensar de uma maneira diferente a que estamos habituados, eis a parte mais difícil, mas em se tratando de justiça tutelar, necessário se faz desconfiar e até contrariar as idéias que estão em voga, pois a maioria são falsas posto que construídas sobre pilares que não existem mais no mundo jurídico. As idéias antigas não podem subsistir, pois, a lei antiga (Lei 6.697/79) já foi revogada. Boa ou ruim, a Lei 8.069/90 está em vigor e não pode ser desprezada. Interpretar a lei nova com princípios antigos (da lei revogada) não encampados é, *data venia*, um erro crasso.

Bem provavelmente é difícil mudar as idéias pré-concebidas. Mas não se pode ter uma noção de uma coisa sem examiná-la antes. É preciso dar à lei tutelar estatutária uma chance para que ela se mostre viável ou não. Negar sua aplicação porque se tem uma opinião formada chega às raias do absurdo.

A intenção de todos é única: defender o interesse da criança e do adolescente e o da sociedade. Encontrar o ponto de equilíbrio é tarefa árdua. A lei criou um caminho para resolver o problema. Pode não ser o melhor ou o único, mas é um caminho que se não levará à Ariadne, certamente não entregará a matéria ao Minotauro.



## **V – PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE – MARCOS LEGAIS:**

Não se tergiversa na doutrina nem na jurisprudência a respeito do Poder Geral de Cautela do Juiz, que inclusive tornou usual e popular a denominação das ações cautelares inominadas.

O fundamento do poder normativo da Justiça da Infância e Juventude tem a mesma origem das medidas acautelatórias, que é exatamente, em última essência, evitar dano à parte. Só que com pórticos mais ampliados, uma vez que o Direito da Criança e do Adolescente é um Direito de quarta geração ou na expressão de ANTONIO CARLOS WOLKMER, “um NOVO DIREITO”.

Seguindo o que prescreveu o texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente ratificou a condição das crianças e dos adolescentes enquanto sujeitos de direitos, de modo que a doutrina anterior, que os tratava como objetos passivos das relações jurídicas, foi completamente superada, baseando a nova ordem nos Direitos Fundamentais que lhes foram assegurados pela Constituição.

A “prioridade absoluta” dada à criança e ao adolescente também prevista na Carta Magna foi regulamentada no Estatuto, que no seu artigo 4º, parágrafo único, objetivou tal prioridade através de garantias expressas.

O ECA, por outro lado, além de positivizar ordinariamente direitos materiais da infância e juventude, estabeleceu novas formas de buscar-se a eficácia dos mesmos não só por meio da previsão de procedimentos processuais para a defesa desses direitos, como também através das novas formas de articulação que propõe entre o Estado e a sociedade civil, num sistema amplo de viabilização, atendimento e garantia de direitos.

Esse sistema sustenta-se em três eixos fundamentais:

- 1 – de proteção integral da criança e do adolescente.
- 2 – de vigilância, que se relaciona ao cumprimento do que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, bem como pelo que prescreve a Constituição Federal sobre os direitos da criança e do adolescente.

3 – de responsabilização pelo não-atendimento, atendimento irregular ou violação de direitos individuais ou coletivos, sendo os agentes principais desta diretriz os Conselhos Tutelares e o Poder Judiciário.

Numa leitura lógica destes três eixos percebe-se a ampla necessidade de interação e complementação dos mesmos para que possa haver uma aplicação efetiva de todos os direitos previstos em lei.

A eficácia social da lei dependerá, pois, da capacidade dos agentes envolvidos com a defesa da criança e adolescente se mobilizarem e buscarem os mecanismos de viabilização das políticas previstas no Diploma legal.

Agentes e instrumentos articulados e harmonizados para a proteção, vigilância e responsabilização a fim de realizar-se a eficácia plena das garantias asseguradas à infância e adolescência serão os elementos fundamentais para fazer valer a letra da lei. E por vezes, somente através do Poder Regulamentador do Juiz, utilizável por meio de Portarias Normativas é possível proteger, vigiar e responsabilizar, na hipótese de violação dos Direitos. Às vezes, não, na maioria das vezes.

Fixou-se, assim, uma Justiça de caráter preventivo, nos termos do artigo 4º, caput, do ECA, que prevê como dever do Poder Público assegurar-se o direito da criança e do jovem a convivência e desenvolvimento no meio familiar.

O artigo 87 do mesmo diploma regulamentou as diretrizes de uma política de atendimento que fosse capaz de atender não apenas a criança e adolescente individualmente, mas também a família e a comunidade como um todo, abrangendo aí, fundamentalmente, o atendimento e proteção de interesses de crianças e adolescentes no meio escolar e institucional.

O bom desempenho das entidades e a correta aplicação da política de atendimento são elementos fundamentais para a difícil tarefa de proteção e defesa dos direitos básicos de crianças e adolescentes.

Assim, a fiscalização das entidades que prestam tal atendimento é fator de grande importância, a ser realizado por três órgãos, individual ou coletivamente, conforme prevê o artigo 95 do ECA: “*As entidades governamentais e não-governamentais, referidas no artigo 90, serão fiscalizadas pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares*”.

Existem, portanto, três níveis de controle e fiscalização a serem concretizados:

- 1 – pela sociedade civil, através, principalmente, dos Conselhos Tutelares;
- 2 – pelo MP, titular dos interesses individuais indisponíveis e dos interesses difusos e coletivos;
- 3 – pelo Juiz da infância e adolescência, que é o titular da tutela judiciária sobre as medidas aplicáveis a criança e adolescente.

O Ministério Público, representado pelo Promotor de Justiça, deverá exercer sua função com zelo e, como *ombudsman*, deverá realizar atendimento direto ao público, “*especialmente quando se trate do acesso da própria criança ou do próprio adolescente ao MP.* (ECA, art. 141).

Assim, através de ações jurisdicionais propostas pelo membro do Ministério Público, como no caso de uma Ação Civil Pública contra entidades de atendimento por sua prestação irregular (art. 97, parágrafo único, art. 148, V e art. 191, todos do ECA) ou de um Mandado de Segurança contra ato administrativo, como portarias etc., o MP passou a ser agente fundamental para a defesa dos interesses em juízo da infância e juventude.

A Justiça da Infância e Juventude é composta não apenas pelo magistrado que atua na área da infância e adolescência, mas também de auxiliares da Justiça que o assessoram nas causas que envolvem direitos de crianças e adolescentes.

Alterada a óptica de visão em relação à criança e ao adolescente face à legislação anterior, o Código de Menores, tendo os mesmos deixados de ser vistos sob o prisma da patologia social e passando-se a encará-los como sujeitos de direitos especiais e específicos, toda a ótica do Juiz da Vara da Infância e da Juventude deverá ser alterada, tendo o mesmo o dever de assimilar os princípios atualmente vigentes no Estatuto, ao mesmo tempo em que se adapta à nova justiça tutelar que emergiu com o ECA.

Com efeito, as medidas tutelares específicas do Estatuto (arts. 98 e s.) passaram a constituir o objeto básico da competência jurisdicional, e o Magistrado, ao atuar, deverá abandonar as práticas anteriores e, extrapolando a mera atividade de apreciação probatória ou de presidência de audiências de instrução ou de julgamento, deverá passar a ter contato efetivo com crianças e adolescentes, sendo também um dos entes responsáveis pela defesa de direitos violados.

Portanto, deve-se ratificar que o Juiz da infância e juventude deve atuar de acordo com os novos princípios tutelares do Estatuto e assumir uma postura voltada à sociedade, recebendo, tratando e protegendo aquelas crianças e adolescentes que têm seus direitos fundamentais violados.

Quanto aos auxiliares da Justiça, é fundamental ressaltar que é indispensável a atuação efetiva de uma equipe interprofissional (ECA, art. 150) que esteja integrada efetivamente não apenas com o Juiz da Infância e Juventude, mas também com as entidades de atendimento de crianças e adolescentes, bem como com famílias, escola e demais instituições vinculadas ao problema.

Profissionais das áreas da psicologia, psiquiatria, assistência social e pedagogia são fundamentais para a formação da equipe, de acordo com as Regras Mínimas da ONU, embora nem sempre todos os quatro estejam presentes, como é o caso do Estado do RJ e de SP que prevêem sua Organização dos Serviços Auxiliares apenas psicólogos, assistentes sociais e comissários.

Os Direitos da Criança e Adolescente previstos no Estatuto correspondem a uma obrigação daqueles sujeitos elencados no artigo 227, da Constituição Federal: Família, sociedade e Estado, sendo permitido a este último admitir a participação de entidades não governamentais, ratificado pelo artigo 4º do ECA.

Pelo descumprimento de uma obrigação em relação à infância e adolescência, tais sujeitos (individual ou solidariamente, conforme o caso) que ficaram legalmente obrigados serão responsáveis por seus atos.

Tal responsabilidade será decorrente de atos comissivos ou omissivos, *“por falta ou insuficiência da oferta de prestações”*, de todos aqueles legitimados passivos, inclusive coobrigados solidariamente, a teor do artigo 70, do ECA.

Assim, responsabilizam-se conforme suas obrigações: pais, tutores, entidades de atendimento governamentais ou não-governamentais e o próprio Estado.

Para tais responsabilidades faz-se mister, no mais das vezes, a utilização da via jurisdicional para cumprirem-se os termos da lei, lançando-se mão, então, dos mecanismos processuais, anômalos, atípicos e inominados, até porque não seria possível enumerar todos os casos do cotidiano e batizar todas as ações. Cada caso, cada comunidade tem suas particularidades.

Assim para responsabilizar-se os sujeitos pelo descumprimento de obrigação relacionada à infância ou adolescência, ou pelo seu cumprimento irregular, como, por exemplo, ausência de creches para crianças de zero a seis anos ou publicação de produtos e serviços perigosos direcionados à criança ou adolescente, é necessária, na maioria das vezes, a utilização da via jurisdicional abstrata, pois é impossível o Juiz aguardar a violação do Direito e a iniciativa da parte para atuar e responsabilizar.

É neste contexto que se insere o Poder Normativo do Juiz da Infância e Juventude. é impossível dar conta das atribuições previstas na Lei sem a utilização sistemática de Portarias, ainda que de caráter genérico.

O Juiz da Infância não pode ser um expectador (passivo) das violações de Direitos da Criança e do Adolescente. Não pode esperar acontecer e depois (se houver iniciativa) punir e responsabilizar. Sua existência é, antes de tudo e por tudo, para colocar o interesse da criança acima de qualquer outro.

Vejamos o que diz o art. 70 da Lei 8069/90. *Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.*

Como prevenir depois da lesão ao direito?

Há dispositivos legais (no ECA inclusive), que para serem cumpridos, precisam de regulamentação. São as chamadas Normas de eficácia contida, ou não bastantes em si. Há, ainda outros, que, embora tenham eficácia plena, seriam melhor observados se fossem esclarecidos.

Vejamos alguns exemplos:

O artigo 83 da Lei 8069/90, afirma que a criança (menor de 12 anos), pode viajar para fora da Comarca desacompanhada dos pais só com autorização judicial. Diz ainda, que uma autorização judicial. Pode ser dada por até dois anos (§ 2º). Um jovem de 10 anos que pede autorização (através dos pais) para viajar do município do Rio de Janeiro para o município de Niterói, para estudar, obtendo a autorização para viajar desacompanhado.

Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 17 de julho de 2008.