

Doutrina: O Estatuto da Criança e do Adolescente e as portarias judiciais

Murillo José Digiácomo
Promotor de Justiça no Estado do Paraná

Competência normativa da Justiça da Infância e da Juventude

Portarias judiciais expedidas pelos Juizados da Infância e Juventude visando regulamentar situações envolvendo crianças e adolescentes são extremamente comuns, sendo difícil encontrar uma comarca que não as possua.

Infelizmente, no entanto, também é difícil encontrar uma portaria judicial que, quer em seu processo de elaboração, quer em seu conteúdo, não apresente vícios de forma e/ou fundo que acarretam sua *nulidade*.

Sem incursionar mais profundamente nas origens "históricas" das portarias judiciais, para fins da presente exposição entendemos suficiente mencionar que, sob a égide do famigerado Código de Menores, o Juiz da Infância e Juventude (então chamado de "Juiz de Menores") possuía um "poder regulamentador" bastante amplo, que lhe permitia, a seu "prudente arbítrio", fazer as vezes de verdadeiro legislador, "suprindo lacunas" e "adaptando" a lei àquilo que entendia mais adequado à realidade local.

Com efeito, dizia o art. 8º da Lei nº 6.697/79 que "*a autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder*" (*verbis*).

Usando desse permissivo legal, a autoridade judiciária expedia portarias sobre os mais variados temas, não raro mais voltados à restrição do que ao asseguramento de direitos de crianças e adolescentes.

O ato dispensava maiores formalidades, critérios ou justificativas, sobre ele praticamente inexistindo qualquer controle, até mesmo em função das limitadas atribuições que a legislação revogada deferia ao Ministério Público [nota 1], que então possuía um perfil constitucional muito diferente daquele alçado após a Constituição Federal de 1988.

E foi justamente o advento da "Constituição Cidadã" que deu início à transfiguração do instituto da portaria judicial regulamentadora, notadamente através da mudança do paradigma da "situação irregular do menor" para o da "proteção integral à criança e ao adolescente", que fez com que crianças e adolescentes fossem considerados *sujeitos de direitos*, e não mais meros objetos da intervenção do Estado (*lato sensu*) [nota 2], e ainda da regra que estabeleceu a obrigatoriedade de que todas as decisões judiciais fossem devidamente *fundamentadas* [nota 3].

Diante de tais disposições constitucionais, bem como de outras estabelecidas pela Lei Maior justamente para evitar o cometimento de abusos por parte dos Poderes constituídos, não mais se concebia pudesse a autoridade judiciária, agindo apenas com base em seu "prudente arbítrio", tolher direitos de cidadãos, máxime quando estes fossem crianças e/ou adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, que substituiu o Código de Menores, ao optar pela manutenção em seu texto do instituto da portaria judicial regulamentadora (ou disciplinadora, segundo seu enunciado), teve de conciliá-lo com a nova orientação constitucional, acabando por dar-lhe uma "roupagem" totalmente diversa da que até então se conhecia, de modo a torná-la verdadeiro produto do *poder jurisdicional* (e não "legiferante") da autoridade judiciária competente.

Neste sentido, o art.149 da Lei nº 8.069/90, que passou a regular a matéria, procurou primeiramente *limitar* as hipóteses em que a autoridade judiciária detinha *competência* para expedição de portarias ou alvarás, tendo em seus incisos I e II efetuado uma enumeração absolutamente *taxativa* (e não meramente exemplificativa), dos casos passíveis de tal regulamentação.

Fora das hipóteses restritas do art.149, incisos I e II, da Lei nº 8.069/90, portanto, o Juiz da Infância e da Juventude *não tem competência para expedição de portarias e alvarás*, e qualquer ato judicial que extrapole os referidos parâmetros/limites legais será *nulo de pleno direito*.

Assim sendo, não há mais lugar para práticas *arbitrárias* de outrora, como os famigerados "*toques de recolher*" que, embora bastante comuns à época do revogado "Código de Menores", hoje violam de forma expressa não apenas o âmbito da competência normativa da Justiça da Infância e da Juventude, mas as próprias disposições contidas nos arts. 3º, 4º, *caput*, 5º, 15, 16, inciso I e 18, da Lei nº 8.069/90, bem como o disposto no art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal, que assegura a *todos*, independentemente da idade, o direito de ir e vir dentro do território nacional [nota 4].

Importante observar que, mesmo nas hipóteses em que a lei confere à Justiça da Infância e da Juventude a competência para expedir portarias e alvarás, a atividade jurisdicional deve ser exercida com a *estrita observância* de determinadas *regras e parâmetros*, mais uma vez sob pena de *nulidade* do ato respectivo.

Um exemplo clássico é o caso das *portarias judiciais disciplinadoras*, que *somente terão lugar* nas hipóteses expressamente relacionadas no art. 149, inciso I, da Lei nº 8.069/90 e, mesmo em tais casos, *somente atingirão crianças*

e/ou adolescentes que estiverem desacompanhados de seus pais ou responsável legal [nota 5].

De modo a deixar claro que a expedição de portarias e alvarás judiciais não mais está sujeita ao "prudente arbítrio" do magistrado, mas sim deve estar calcada em elementos concretos, o art. 149, §1º da Lei nº 8.069/90 estabeleceu a *obrigatoriedade* de o ato judicial levar em conta, dentre outros, diversos fatores expressamente relacionados [nota 6], alguns dos quais, como a "*existência de instalações adequadas*" (alínea "c") e o "*tipo de frequência habitual ao local*" (alínea "d"), somente passíveis de obtenção através da realização de *vistorias* e *sindicâncias* prévias.

No mesmo diapasão, o art. 149, §2º do citado Diploma Legal, em consonância com o art. 93, inciso IX da Constituição Federal, estabeleceu a *obrigatoriedade* da *fundamentação* da medida *caso a caso*, vedando as determinações de caráter *geral*, que abrangiam um número indeterminado de locais e estabelecimentos, outrora permitidas.

A título de ilustração, vale colacionar o comentário de WILSON DONIZETI LIBERATI sobre a matéria: "*a portaria expedida pelo Juiz da Infância e Juventude não poderá regulamentar medidas de caráter geral não previstas em lei, como previa o art.8º do Código de Menores revogado. Elas deverão ser claras e precisas, com determinação singular dos casos que pretendem regular, não autorizando o juiz a suprir eventuais lacunas existentes na lei. Tem-se, pois, que a relação apresentada pelo art.149 é exaustiva, não sendo possível a interpretação ampliativa de outros casos*" (In Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 4ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo, 1995. pag.127).

As disposições acima relacionadas, somadas à previsão contida no art. 199 da Lei nº 8.069/90 de que "*contra as DECISÕES proferidas com base no art. 149 caberá recurso de APELAÇÃO*" (*verbis* - grifei), consagram a idéia de que a expedição de portarias e alvarás judiciais *somente pode ocorrer* como resultado de um *procedimento especificamente instaurado para tal finalidade*, direcionado a um ou mais locais/estabelecimentos previamente determinados e perfeitamente identificados, no qual será *obrigatória a intervenção do Ministério Público*.

Mas que procedimento?

Embora a Lei nº 8.069/90 não tenha previsto de maneira expressa um procedimento próprio para a expedição de portarias e alvarás judiciais, é perfeitamente possível enquadrá-lo na disposição genérica contida no art.153 do citado Diploma Legal, segundo o qual "*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*" (*verbis* - grifei) [nota 7].

Em que pese o acima exposto, poucas são as portarias disciplinadoras [nota 8] expedidas de forma regular, em procedimento próprio, com a prévia realização de sindicâncias e vistorias, fundamentação adequada e efetiva intervenção do Ministério Público.

A regra, lamentavelmente, ainda tem sido a utilização da sistemática do revogado "Código de Menores", com portarias expedidas de forma aleatória e genérica, fora das hipóteses previstas em lei, sem qualquer critério ou fundamentação, com a simples *científicação* do órgão do Ministério Público após sua publicação.

Desnecessário dizer que, portarias assim expedidas padecem do *vício insanável da NULIDADE ABSOLUTA*, como aliás tem decidido, de forma reiterada, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, como bem exemplifica o aresto a seguir transcrito:

"INFÂNCIA E JUVENTUDE - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - PORTARIA QUE ESTABELECE PROIBIÇÃO SEM FUNDAMENTAÇÃO - NULIDADE.

- O arbítrio judicial legitima-se na fundamentação de seus atos, devendo o juiz dar as razões, caso a caso, ao estabelecer o disciplinamento previsto no artigo 149, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

- Nulidade do processo, por falta de fundamentação da portaria disciplinadora"

(Apelação nº 055-0, de Ponta Grossa. Acórdão nº 8041. Rel. Des. Dilmar Kessler. j. e, 18/05/98. In Revista Igualdade 19/205).

Vale repetir que uma portaria disciplinadora não é um ato de mera liberalidade da autoridade judiciária, mas sim deve ter sua expedição justificada e fundamentada em elementos suficientes a permitir o *controle de sua legalidade* pelas instâncias superiores.

Tais elementos devem ser colhidos dentro de um *procedimento judicial específico*, instaurado de ofício ou a requerimento do Ministério Público, Conselho Tutelar ou outro órgão ou mesmo pessoa interessada, onde apesar de a autoridade judiciária ter maiores poderes de investigação, será *imprescindível* a tomada de algumas providências e cautelas básicas:

1. a *autuação formal* do ato ou requerimento que deflagra o procedimento, de modo a torná-lo *oficial*;
2. a *perfeita identificação, qualificação e individualização* de cada um dos locais e estabelecimentos que serão atingidos pela norma (inclusive com a indicação de seus responsáveis legais);
3. a *realização de vistorias e sindicâncias* nos locais e estabelecimentos que serão atingidos pela norma (devendo para tanto contar com o concurso dos "comissários de vigilância" ou "agentes de proteção da infância e juventude" [nota 9], representantes da vigilância sanitária, corpo de bombeiros, polícias civil e

- militar etc.), sem embargo da coleta de outras provas que entender necessárias;
4. a *intimação* do órgão do Ministério Público para acompanhar e fiscalizar *todo o trâmite procedimental*, culminando com a emissão de *parecer de mérito a seu término*;
 5. a *obrigatoriedade* que a *decisão final* tenha a *forma de sentença*, contendo *relatório, fundamentação adequada* (em que serão levados em conta, dentre outros fatores, os itens relacionados no art.149, §1º, alíneas "a" a "f" da Lei nº 8.069/90) e *dispositivo*;
 6. a *publicação* do ato, com a *cientificação formal* de todos os responsáveis pelos locais e estabelecimentos atingidos pela portaria, para que possam, no prazo de 10 (dez) dias [nota 10], interpor recurso de *apelação* contra tal decisão (devendo tal advertência constar do mandado respectivo).

Vale também o registro que embora o *ideal* seja a instauração de *um procedimento específico para cada local ou estabelecimento* a ser atingido pela medida judicial, por razões de ordem prática é admissível englobar vários num 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.

Nesse contexto, não é difícil perceber que a "portaria" propriamente dita não passará de *um* dos elementos da decisão, o *ponto culminante* de todo um procedimento judicial de natureza pública, deflagrado e/ou fiscalizado pelo Ministério Público, sujeito a regras e princípios próprios, onde não mais há lugar para o *arbitrio* da autoridade judiciária.

Apesar de a sistemática introduzida pela Lei nº 8.069/90 ser muito mais complexa do que a anterior, é ela sem dúvida muito mais correta e acima de tudo *democrática*, e uma vez fielmente observada, dará pouca ou nenhuma margem para os abusos outrora verificados e que, em última análise, foram justamente a razão dessa nova regulamentação, fazendo com que a portaria judicial deixe de ser um mecanismo de *opressão* de "menores" [nota 11] para se tornar mais um instrumento de *proteção* de direitos de crianças e adolescentes.

Para que seus objetivos sejam cumpridos, no entanto, evidente que não basta a expedição, publicação e sempre salutar divulgação [nota 12] da portaria disciplinadora, sendo absolutamente *fundamental a permanente fiscalização de seu cumprimento*, com a deflagração de procedimentos (arts. 194 *usque* 197 da Lei nº 8.069/90) e a aplicação de sanções administrativas (art. 258 do mesmo Diploma Legal), toda vez que for detectada sua violação pelos estabelecimentos por ela atingidos [nota 13].

Uma vez observadas todas as regras e princípios acima relacionados, se estará enfim criando um instrumento eficaz no sentido da *proteção integral* de crianças e adolescentes, objetivo maior de toda e qualquer ação daqueles que militam na Justiça da Infância e Juventude e lutam pela plena efetivação da Lei nº 8.069/90.

Notas do texto:

1 Cujo representante junto ao Juízo especializado era chamado de "Curador de Menores".

2 art.227, *caput*.

3 art.93, inciso X.

4 Além de se tratar de prática ilegal e inconstitucional, à luz do ordenamento jurídico vigente, vale dizer que caso os referidos "toques de recolher" sejam acompanhados da apreensão de adolescentes que descumpram suas disposições, poderá restar caracterizado, por parte dos responsáveis por sua *apreensão ilegal*, o *crime* tipificado no art.230, da Lei nº 8.069/90, que somente permite a privação de liberdade de criança ou adolescente que se encontre em flagrante de ato infracional ou mediante ordem legal, expressa e fundamentada de autoridade judiciária competente (o que não é o caso, logicamente, de uma portaria manifestamente ilegal e inconstitucional, expedida fora do âmbito da competência normativa da Justiça da Infância e da Juventude). São os pais ou responsável (e não o Juiz), que usando de sua autoridade, devem estabelecer, através do diálogo, os *limites* para permanência de seus filhos nas ruas, podendo para tanto receber a orientação e, se necessário, o apoio estatal, nos moldes do previsto no art.129, inciso IV, da Lei nº 8.069/90, o que por sinal faz parte do *dever elementar de educação*, inerente ao poder familiar, tutela ou guarda.

5 Estando a criança ou adolescente *acompanhado* de seus pais ou responsável legal (assim entendido o tutor, o guardião ou o dirigente da entidade na qual porventura a criança ou adolescente estiver abrigado), a portaria judicial *não incidirá*.

6 Princípios que norteiam a Lei nº 8.069/90 (em especial os contidos nos arts.5º e 6º do referido Diploma), as peculiaridades locais, a existência de instalações adequadas, o tipo de frequência habitual ao local, a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes e a natureza do espetáculo.

7 Sendo certo que a *obrigatória intervenção* do Ministério Público em *todos os procedimentos* que versam sobre matéria prevista na Lei nº 8.069/90, *sob pena de nulidade* do provimento jurisdicional respectivo, é determinada pelos arts. 202 e

204 do mesmo Diploma Legal.

8 No que diz respeito aos alvarás, como de regra autoridade judicial é provocada para sua expedição, a situação é um pouco diversa.

9 Antes chamados de "comissários de menores", que funcionam como a *longa manus* do Juiz da Infância e Juventude e, face o contido no art.194, *caput* da Lei nº 8.069/90, no futuro terão a incumbência de *fiscalizar* o próprio *cumprimento* da portaria expedida. De modo a agilizar a realização das referidas sindicâncias, poderão ser nomeados voluntários apenas para essa tarefa, imprescindível à validade do ato.

10 *Ex vi* do disposto no art.198, inciso II c/c art.199, ambos da Lei nº 8.069/90.

11 O termo é aqui empregado apenas para fins de referência ao que ocorria sob a égide do revogado Código de Menores, haja vista seu oportuno *banimento* da nomenclatura utilizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (e do próprio vocabulários daqueles que compreendem e estão comprometidos com a plena efetivação de sua proposta).

12 De modo a facilitar sua compreensão pela população em geral, *recomenda-se* que no próprio *dispositivo* da decisão haja a previsão da obrigatoriedade que seja afixado, nos locais e estabelecimentos atingidos pela portaria (que como dissemos devem ser previamente identificados, individualizados, vistoriados e sindicados), um "resumo" de seu conteúdo, cujo teor pode ser fornecido em separado.

13 A ação repressiva, é preciso que se diga, deve ser voltada apenas contra os estabelecimentos que descumprirem a portaria disciplinadora (bem como seus respectivos proprietários e responsáveis), e não contra crianças e adolescentes que lá sejam encontrados em desacordo com a regulamentação judicial. Estes deverão ser identificados e *convidados* (jamais constrangidos/obrigados) a deixar o local ou estabelecimento, com a aplicação, pela autoridade competente (Conselho Tutelar ou Juiz da Infância e Juventude), da medida prevista no art.101 da Lei nº 8.069/90. Num segundo momento, deverá a autoridade competente verificar a presença de eventual situação de risco na forma do disposto no art.98 da Lei nº 8.069/90 e, em caso positivo, aplicar à criança ou adolescente as medidas de proteção que se fizerem necessárias, sem embargo do aconselhamento (além de outras providências previstas no art.129 da Lei nº 8.069/90) também de seus pais ou responsáveis acerca da necessidade de orientarem e cobrarem de seus filhos ou pupilos o respeito às limitações legais e determinações judiciais respectivas.

Sobre o autor:

Murillo José Digiácomo é Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, integrante do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente (CAOPCA/MPPR) e membro da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude - ABMP.

Fone: (41) 3250-4710. PABx: (41) 3250-4000.

E-mail: murilojd@mp.pr.gov.br

Matérias relacionadas: (links internos)

- » [Doutrina - Outros Temas](#)
- » [Carnaval \(Temas Especiais\)](#)
- » [LAN House \(Temas Especiais\)](#)
- » [Ofício CAOPCA nº 135/2009 - Toque de Recolher](#)
- » [Toques de Recolher \(índice\)](#)
- » [Toques de Recolher para crianças e adolescentes: posição oficial do CAOPCA/PR](#)

© 2011 - Ministério Público do Estado do Paraná - MPPR

Marechal Hermes, 751 - Centro Cívico - 80530-230 - Curitiba - PR

Telefone: (41) 3250-4000