

***As portarias expedidas pela autoridade judiciária com base no art. 149 do ECA e os novos paradigmas que regem o Direito da Criança e do Adolescente***

ROSA CARNEIRO (\*)

O art. 149 da Lei nº 8.069/90 (ECA) confere à autoridade judiciária o poder de disciplinar, através de portaria, a entrada e permanência de criança ou adolescente desacompanhado dos pais ou responsável nos locais de diversão indicados em seu inciso primeiro, ou sua participação em espetáculos públicos e seus ensaios, na forma do inciso segundo.<sup>(1)</sup>

A expedição de portarias pelo Juiz do Estatuto é matéria que suscita dúvidas até nos mais experientes profissionais que atuam na Justiça da Infância e da Juventude, sendo um dos dispositivos legais mais controvertidos do diploma protetivo vigente, acerca do qual, possivelmente, muito ainda se debaterá.

O presente estudo não tem a pretensão de esgotar o tema, mas busca chamar a atenção dos operadores do Direito sobre a necessidade de se interpretar a referida norma sob o pálio dos princípios e normas contidos na Constituição Federal de 1988 e em consonância com os novos paradigmas introduzidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em nosso ordenamento jurídico.

<sup>(1)</sup>Art. 149 – Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I – a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhada dos pais ou responsável em:

- a) estádio, ginásio e campo desportivo;
- b) bailes ou promoções dançantes;
- c) boate ou congêneres;
- d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;
- e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão;

II – a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

Par. 1º - Para os fins previstos neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- 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 a eventual participação ou freqüência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

Par. 2º - As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.

O primeiro passo para a compreensão dos aspectos teóricos que envolvem a questão das portarias pode ser dado com a identificação da natureza jurídica da citada medida judicial.

*Portarias*, na clássica definição de HELY LOPES MEIRELES <sup>(2)</sup>, são atos administrativos internos, pelos quais os chefes de órgãos, repartições ou serviços expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou designam servidores para funções e cargos secundários. Por portaria também se iniciam sindicâncias e processos administrativos. Na lição do saudoso mestre, tais atos, como os demais atos administrativos internos, não atingem nem obrigam aos particulares, pela manifesta razão de que os cidadãos não estão sujeitos ao poder hierárquico da Administração Pública.

Este é o conceito que impregna os operadores do direito quando se deparam com atos denominados de "portarias", sendo certo que, na Justiça da Infância e da Juventude, nem sempre esta definição será adequada à espécie enfrentada, senão vejamos.

No exercício da relevante função de que são investidos, o Juiz da Infância e da Juventude pode expedir portarias nas seguintes situações:

1ª) em sua atuação tipicamente administrativa, na qualidade de responsável máximo pela serventia do Juízo, disciplinando o funcionamento do cartório, a atuação dos servidores, os serviços da Vara, ou ainda, iniciando sindicâncias internas, não atingindo tais atos aos particulares, mas, apenas, a seus subordinados;

2ª) na hipótese prevista no art. 191 do ECA, provocando a instauração de procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento;

3ª) nas hipóteses previstas no art. 149 do ECA, caso a caso, devendo os citados atos ser fundamentados, vedadas as determinações de caráter geral.

A despeito da denominação comum, as portarias elencadas nas hipóteses acima apresentam naturezas jurídicas distintas, a saber:

1ª) A portaria expedida pela autoridade judiciária na primeira hipótese configura o ato administrativo interno, na forma da definição do Direito Administrativo, que não alcançará ou obrigará os particulares, restringindo-se aos limites dos serventuários subordinados ao Juízo.

---

<sup>(2)</sup> MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 161.

Todos os Juízes de Direito, e não somente os das Varas da Infância e da Juventude, podem editar tais atos de administração, visando regular o trabalho interno dos órgãos do Judiciário, como preconiza, no Estado do Rio de Janeiro, o parágrafo único, do art. 2º da Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça. Tais atos podem receber outros nomes, tais como *ordens internas*, *ordens de serviço*, *circulares*, etc., sendo mesmo recomendado, principalmente nos Juízos da Infância e da Juventude, que se atribua outra denominação aos mesmos, diante da confusão envolvendo o termo *portaria*.

2ª) Já a portaria citada na **segunda hipótese** consiste na **peça inicial de procedimento de apuração de irregularidade em entidade de atendimento, procedimento de jurisdição contenciosa**, como se deduz da conjugação dos arts. 97, 148, V e 191 do ECA.

O art. 191 prevê que o procedimento de apuração de irregularidade em entidade governamental e não-governamental terá início mediante **portaria** da autoridade judiciária ou representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, onde conste, necessariamente, o resumo dos fatos. Tal procedimento possui natureza judicialiforme, a exemplo do que ocorria com o revogado art. 1º da Lei nº 1.508/51 (que regulava o processo das contravenções penais).

O referido procedimento de jurisdição contenciosa observará o rito especial previsto nos arts. 191 a 194 do ECA, aplicando-se, subsidiariamente, as normas gerais previstas na legislação processual pertinente, por força do disposto no art. 152 do citado diploma legal.

3ª) Finalmente, chegamos à portaria indicada na **terceira hipótese**, prevista no art. 149 do ECA. Ela é o objeto da presente análise, em razão das muitas dúvidas e controvérsias que suscita entre os operadores do Direito. Sobre ela nos debruçaremos a seguir buscando o aprofundamento de seu estudo.

Qual a natureza jurídica deste ato da autoridade judiciária? Configura mero ato administrativo ou possui natureza jurisdicional? Quais os seus limites e requisitos de validade?

É cediço que a competência para expedir portarias, prevista desde a lei anterior, sofreu profundas modificações com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, que introduziu novos paradigmas no Direito Infanto-Juvenil.

Foram várias as inovações trazidas pelo novo diploma, não sendo esta a oportunidade para discorrermos sobre as mesmas, cumprindo, entretanto,

destacar, para a perfeita compreensão da questão, que, dentre os muitos avanços implementados, o Estatuto teve o mérito de *devolver ao Poder Judiciário a plenitude da função jurisdicional*, retirando dos Juízes de Direito funções de natureza administrativa, tutelar e, até mesmo, legislativa, executadas na vigência do Código de Menores.

Sobre o tema, vale transcrever trecho do relatório elaborado pela Deputada Rita Camata referente ao Projeto de Lei nº 5.172/90, que dispôs sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente <sup>(3)</sup>:

*"Inova também o Projeto no que se refere à atuação do Poder Judiciário, eximindo-o de atividades alheias à função judicante, tais como o atendimento às crianças e adolescentes em situação de desamparo e carência. Ficam, portanto, os órgãos da justiça livres para prestar serviços de forma mais rápida e eficiente naqueles casos em que sua atuação é indispensável."*  
(grifo nosso)

Na mesma linha, as observações do Senador Ronan Tito, relator do projeto no Senado:

*"Cabe destacar também, no perfil geral deste Projeto de Estatuto, o esforço de desjurisdicionalização da grande maioria dos casos hoje objeto de decisão dos magistrados. Alegarão alguns que o novo Estatuto "retira atribuições" dos senhores Juízes de Menores, hoje sobrecarregados de trabalho e desviados das verdadeiras finalidades da função judicante, uma vez que forçados a controlar e administrar a pobreza e as mazelas sociais dela resultantes. Contraditando frontalmente essa alegação, o Estatuto ao contrário sobreleva, dignifica e resgata a função precípua do magistrado, que passará a ater-se nesta área ao exercício de uma das mais nobres e elevadas funções sociais, qual seja, sem dúvida alguma, a distribuição de Justiça."*  
(grifos nossos)

---

<sup>(3)</sup> Publicado no *Diário do Congresso Nacional* (Seção I), de 29/06/90, p.8.196.

EMÍLIO GARCIA MENDEZ, jurista e Oficial de Projetos do Unicef no Brasil, que muito contribuiu para a implementação do ECA em nosso País, ao descrever o movimento que culminou com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, resume o quadro anterior da seguinte forma <sup>(4)</sup>:

*“Os juízes, forçados pela competência tutelar, transformam-se em ilusionistas assistenciais estreitando, com isso, uma identificação com as políticas públicas em crise.”*

O Estatuto retira do Judiciário, portanto, as atividades tutelares de caráter meramente administrativo e social, não jurídicas, deixando a autoridade judiciária, a partir da vigência da nova lei, de atuar “como um pai de família”, retomando o Juiz da Infância e da Juventude a plenitude da **função jurisdicional**, inclusive no tocante à *tecnicidade* e à *inércia*, à *semelhança de seus pares*.

O ECA, ao retirar do Judiciário funções atípicas anteriormente a ele cometidas, entregando-as a órgãos do Poder Executivo (Conselho Tutelar, Ministério Público, Conselho de Direitos, Ministério da Justiça, etc.) o fez, não para restringir o poder dos Juízes, mas para que estes se ocupassem com as matérias acerca das quais **seus membros são os únicos e exclusivos agentes públicos com competência para exercê-las**. *As funções conferidas pelo legislador aos Juízes da Infância e da Juventude destacam-se como das mais relevantes na proteção e garantia dos direitos infante-juvenis*. Destarte, mostra-se necessário que os Juízes da Infância e da Juventude possam se dedicar à função jurisdicional, deixando de lado, para os verdadeiros legitimados, funções outras, sob pena de: a) descuidarem-se de sua verdadeira missão, qual seja, a de *dizer o direito, distribuindo justiça*; e b) invadirem, de forma indevida e ilegal, a esfera de atuação de outros Poderes e órgãos.

O principal ponto de confusão na compreensão do instituto “portarias” parece girar em torno da denominada “atuação administrativa” dos Juízes da Infância e da Juventude. Muitos consideram, ainda, que esta atuação não demanda maiores formalidades.

Ocorre que as atividades que a lei manteve sob a esfera do Judiciário são, em sua maioria, tipicamente jurisdicionais, e *o resquício de natureza administrativa que subsiste (salvo na ocorrência da remota hipótese do art. 262 do ECA) foi, em sua maior parte, jurisdicionalizado pelo legislador do Estatuto, na forma estatuída nos arts. 152 e 153 do ECA*.

Esta é a essência da jurisdição voluntária, como se depreende do ensinamento do eminente processualista, Professor LEONARDO GRECO <sup>(5)</sup>:

<sup>(4)</sup> MENDEZ, Emílio Garcia. *Liberdade, Respeito, Dignidade*. CBLA, p. 52.

<sup>(5)</sup> GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária Moderna*. Dialética, São Paulo, 2003, p. 07.

*"A atividade administrativa do Estado, quando interfere na vida e nos interesses dos cidadãos, foi processualizada pelo Estado de Direito Contemporâneo, como consequência dos novos princípios da Administração, da transparência e da democracia participativa."*

ZANOBINI, citado por LEONARDO GRECO<sup>(6)</sup>, lecionava que *"a administração pública do direito privado se concretiza em um conjunto de funções estatais que limitam a autonomia e a liberdade da vida jurídica privada, e que essa intervenção na vida privada encontrava fundamento no perigo de eventuais contrastes entre o interesse privado e o interesse público."*

Conclui o renomado Professor<sup>(7)</sup> que a jurisdição voluntária é jurisdicional quando exercida pelos juízes com as garantias de independência, impessoalidade e imparcialidade.

Esta é exatamente a hipótese do art. 149 do ECA. O legislador estatutário autorizou à autoridade judiciária interferir na liberdade dos responsáveis pelos locais de diversão indicados no inciso I de permitirem o acesso de pessoas menores de dezoito anos desacompanhadas, bem como no poder dos pais em relação a seus filhos nos casos de participação nos espetáculos públicos elencados no inciso II, diante do *perigo de contraste entre o interesse privado e o interesse público* (relacionado ao sadio desenvolvimento de infantes e jovens e sua proteção integral).

Utilizando-nos da classificação proposta por LEONARDO GRECO<sup>(8)</sup>, podemos inserir o procedimento de expedição de portarias entre os de jurisdição voluntária tutelar que, na lição do emérito processualista, são aqueles em que a proteção de interesses de determinadas pessoas que se encontram em situação de desamparo, como incapazes, é confiada diretamente à vigilância do juiz, que pode instaurá-los *ex officio* para assegurar a sua efetividade. Cita o renomado jurista como exemplos de jurisdição voluntária tutelar: a nomeação ou remoção de tutores ou curadores (CPC, arts. 1.187 a 1.198), a exibição de testamento (art. 1.129) e procedimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), como a colocação em família substituta (arts. 165/170).

*A expedição de portarias disciplinadoras, na forma do art. 149 do ECA, configura, portanto, providência de jurisdição voluntária.*

Neste sentido, já apontava o eminente Desembargador do Estado de Santa Catarina, Antônio Fernando do Amaral e Silva, membro do Grupo de Redatores do Estatuto da Criança e do Adolescente e Professor de Direito da Criança e do Adolescente, ao desvendar a *ratio* do art. 149<sup>(9)</sup>:

<sup>(6)</sup> *Op. cit.*, p. 12.

<sup>(7)</sup> *Op. cit.*, p. 20.

<sup>(8)</sup> *Op. cit.*, p. 29.

<sup>(9)</sup> SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Malheiros, 6ª ed., São Paulo, 2003, p. 491.

*“O artigo comentado trata da jurisdição voluntária. Não mais se cogita do antigo poder normativo. Houve coerência e juridicidade ao se extinguir o poder normativo do art. 8º do Código de Menores.*

*Não é do Judiciário ditar normas de caráter geral, mas decidir, no caso concreto, a aplicação do Direito objetivo.*

*Juiz não é legislador, não elabora normas de comportamento social. Julga os comportamentos frente às regras de conduta da vida social. Essas geralmente decorrem do processo legislativo, reservado pela Constituição a outra órbita.*

*No que tange aos locais referidos no artigo sob comentário, o juiz decide caso a caso, concedendo ou negando a autorização.*

*A regra geral é a desnecessidade de alvará, mas o juiz poderá, atento aos princípios estatutários, às peculiaridades locais, ao tipo de frequência habitual, proibir a entrada de crianças ou adolescentes em certos e determinados locais de diversões públicas.*

*A decisão será obrigatoriamente fundamentada. Trata-se de requisito de validade.”*

(grifos nossos)

Exerce, portanto, a autoridade judiciária, nos citados feitos, a administração pública de interesses privados, disciplinando a proteção a infantes e jovens nos casos concretos que lhe são apresentados.

Confirma este entendimento, o renomado processualista ALEXANDRE FREITAS CÂMARA que, em consulta formulada pelo Ministério Público <sup>(10)</sup> sobre o tema, esclarece:

*“A outra hipótese de portaria a ser expedida por juiz é a prevista no art. 149 do ECA. Esta não tem caráter normativo, como poderia parecer à primeira vista (e decorria do antigo Código de Menores, que foi revogado pelo ECA). Trata-se de providência de jurisdição voluntária, como tem entendido a mais autorizada doutrina especializada.” (grifo nosso)*

---

<sup>(10)</sup> A íntegra do parecer pode ser acessada no endereço [http://www.mp.rj.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/INTRANETMP/ASSESSORIAS/ASSESSORIA\\_DE\\_DIREITO\\_PUBLICO/ARTIGOS/PARECER\\_MP\\_ECA2.DOC](http://www.mp.rj.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/INTRANETMP/ASSESSORIAS/ASSESSORIA_DE_DIREITO_PUBLICO/ARTIGOS/PARECER_MP_ECA2.DOC)

Curioso que diversos outros juízes também exercem funções de natureza administrativa, acobertadas pelo manto da jurisdição voluntária, nas diversas Varas do Poder Judiciário, como nos casos de separação consensual, conversão de separação em divórcio, interdição, inventário, falência, alvará para venda de bem de incapaz, *etc.*; sendo que, em nenhuma destas hipóteses, apresentam dúvidas de que se trate de provimento jurisdicional regido pelas normas processuais em vigor com rigorosa observância das normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis.

Mesmo que, apenas por amor ao debate, considerássemos que a portaria em comento possui natureza exclusivamente administrativa, não jurisdicional, não haveria como a autoridade judiciária fugir da necessidade de observância aos princípios da legalidade e do contraditório, diante dos preceitos contidos no art. 5º, II e LV, da Constituição Federal (C.F.).

Mas, assentados que estamos diante de providência jurisdicional, como nos ensinam os renomados mestres acima citados, e sendo certo que a **jurisdição** se opera dentro do **processo**, que configura *forma de controle democrático do exercício do poder*, uma vez que limitado pela legalidade, não se pode mais conceber que a autoridade judiciária expeça portarias a seu bel-prazer, sem a observância de formalidades mínimas, indicadas na lei, uma vez que, fora do processo, temos abuso, arbítrio, prepotência.

Ao Juiz da Infância e da Juventude cabe *dizer o direito* quando provocado nas hipóteses elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente – as quais se encontram, em sua maioria, previstas nos arts. 148 e 149 do ECA – em procedimentos próprios, previstos expressamente no referido diploma legal protetivo ou na forma preconizada no art. 153 da citada lei, aplicando-se subsidiariamente as normas previstas na legislação processual pertinente (art. 152).

Já mencionamos que alguns resquícios das atividades atípicas cometidas aos Juízes da Infância e da Juventude ainda subsistem, mas devem ser *interpretados e aplicados de forma sistemática com o novo sistema jurídico em vigor*, em especial com a Carta Magna de 1988 e com a Lei nº 8.069/90.

Não se pode perder de vista, seja qual for a atividade exercida pelo Juiz da Infância e da Juventude, que a **República Federativa do Brasil** constitui-se em **Estado Democrático de Direito** (art. 1º da C.F.) e que a atuação do Magistrado deve se pautar com base no respeito aos limites consagrados na Carta Magna e nas normas infraconstitucionais.

O art. 149 do ECA não pode ser considerado, portanto, de forma isolada, pois integra um sistema jurídico complexo, devendo ser interpretado de acordo com as demais normas em vigor, em especial com as constantes no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente e, sobretudo, com as insertas na Constituição Federal.

O emérito constitucionalista LUIS ROBERTO BARROSO <sup>(11)</sup> nos ensina que “A Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.”

Assim, toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

Segundo o renomado jurista, à luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional e qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior <sup>(12)</sup>.

Isto posto, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, como é o caso do art. 149 do ECA, o intérprete, antes de aplicar a norma, deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não o for, não deverá fazê-la incidir. Ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Diante disto, o art. 149 somente se mostra compatível com a Carta Magna se interpretado e aplicado sistematicamente com os princípios e normas constitucionais.

Desta forma, é fácil concluir que a norma prevista no art. 149 do ECA também se subordina aos princípios e normas previstos na Constituição da República, em especial aos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da reserva legal, da independência e harmonia dos Poderes, da fundamentação das decisões judiciais, entre outros.

Não se pode, portanto, pensar em expedir-se portarias sem a observância destes pilares constitucionais, nem mesmo em nome da proteção integral a infantes e jovens.

Isto porque não se pode compreender a doutrina da proteção integral como instrumento para violação de direitos e garantias expressos na Constituição e nas leis.

PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA <sup>(13)</sup>, emérito Professor de Processo Civil e de Direito da Criança e do Adolescente, co-autor do projeto de lei que deu origem ao Estatuto, nos ensina que:

“Se o Direito do Menor, baseado na concepção de que o juiz deveria se comportar como um bom pai de família, sempre buscando a melhor solução para seus filhos, arrimado na citada e revogada regra de que “a proteção aos interesses do menor sobrelevará.

<sup>(11)</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil.” In *Revista da Emerj*, v. 9, n. 33, p. 69.

<sup>(12)</sup> *Op. cit.*, p. 69.

<sup>(13)</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 104.

qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”, acabou por disseminar a falsa idéia de que tudo era possível no processo, ainda que arrostassem garantias fundamentais do cidadão, como o contraditório e a ampla defesa, o *Direito da Criança e do Adolescente, positivado no Brasil através da Lei 8.069/90, não contempla nenhuma norma da qual se possa retirar tão absurda ilação.*”  
(grifo nosso)

Com o advento da nova Constituição, não mais se admite possa a autoridade judiciária, agindo apenas com base em seu “prudente arbítrio”, restringir, tolher ou suprimir direitos de cidadãos, sobretudo quando estes forem crianças e/ou adolescentes, como ocorria sob a égide do revogado Código de Menores.

*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. É o que nos ensina MURILLO JOSÉ DIGIÁCOMO, em excelente estudo sobre o tema.*<sup>(14)</sup>

Cumpra mencionar, ainda, que ao contrário do que vigorava no regime da CF/67, quando era possível a delegação da atividade legislativa a determinados órgãos do Poder Executivo, a Constituição atual concentrou no Poder Legislativo a atividade de legislar, em nome do princípio democrático e da representatividade legislativa, nos termos do art. 25, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que revogou as delegações de atividade legislativa então vigentes, em consonância com o parágrafo único, do art. 1º da Carta Magna.

Ou seja, a indelegabilidade é ínsita da atividade legislativa, de forma que, em nosso regime constitucional, nem mesmo a lei pode delegar esta atividade a outro Poder, sob pena de afronta à Constituição.

Neste cenário, é fato que ainda compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará, o ingresso e a permanência de crianças e adolescentes nos locais indicados no art. 149, I do ECA, bem como a participação nos espetáculos descritos no inciso II do citado dispositivo.

Ocorre que muitos Juízes da Infância e da Juventude ainda não conseguiram se livrar da ultrapassada concepção, resquício da legislação anterior, de que, através de portarias, podem regular todos os aspectos da vida em sociedade que envolvam

---

<sup>(14)</sup> DIGIÁCOMO, Murillo José. *O ECA e as Portarias Judiciais*. Artigo publicado na página do Centro de Apoio às Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude do Estado do Paraná na Internet, no endereço [www.mp.pr.gov.br](http://www.mp.pr.gov.br)

a prevenção a direitos de crianças e adolescentes, sua proteção ou assistência, poder este facultado pelo artigo 131 do Código Mello Matos e pelo artigo 8º do Código de Menores.

O simples confronto entre os citados dispositivos <sup>(15)</sup> com o art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente <sup>(16)</sup> revela a monumental mudança estabelecida pelo legislador estatutário no chamado poder normativo da autoridade judiciária.

Assiste, na verdade, inteira razão ao renomado Desembargador Amaral, quando afirma que foi extinto o poder normativo dos juízes. <sup>(17)</sup>

Visando desconstruir a equivocada concepção e prática dos Juízes da Infância e da Juventude de editar portarias genéricas, disciplinando, muitas vezes, matéria e/ou situações que extrapolam as limitações previstas no mencionado art. 149, em completa afronta aos princípios constitucionais retrp mencionados, com destaque para o princípio da legalidade, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (art. 5º, II da C.F.), faz-se necessário prosseguirmos no aprofundamento do tema, passando à análise dos requisitos de validade dos citados atos judiciais.

A análise atenta do art. 149 do ECA revela que a validade das portarias subordina-se à observância de diversos requisitos, os quais, se desatendidos, podem importar em nulidade dos referidos atos.

Sem medo de errar, é possível afirmar que a esmagadora maioria das portarias expedidas pelo juízes da infância e da juventude no Estado do Rio de Janeiro se mostram eivadas de vícios insanáveis, pela inobservância ao sistema legal vigente.

Lamentavelmente, dezesseis anos já decorridos desde a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, a cultura do Código de Menores ainda subsiste, persistindo muitos Magistrados a exercer função legislativa, expedindo portarias genéricas, e, posteriormente, autuando supostos infratores, aplicando-lhes multas pelo descumprimento dos referidos atos, os quais se apresentam em total desconformidade com o atual sistema jurídico pátrio.

Apenas a título de exemplificação de tal prática, recorrente entre os Juízes da Infância e da Juventude de nosso Estado, podemos mencionar (entre muitas outras): a Portaria nº 05/95, da então 1ª Vara da Infância e da Juventude da Capital, que criou novo tipo penal <sup>(18)</sup>; a Portaria nº 02/04, também da 1ª VIJ, que disciplinou o consumo de alimentos nas escolas do Município do Rio, proibindo a

---

<sup>(15)</sup> Decreto nº 17.943-A, de 12/10/27 (Código Mello Matos): "Art. 131 - A autoridade protetora dos menores pode emitir para a proteção e assistência destes qualquer provimento, que ao seu prudente arbítrio parecer conveniente, ficando sujeita à responsabilidade pelos abusos de poder."; Lei nº 6.697, de 10/10/79 (Código de Menores): "Art. 8º - 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".

<sup>(16)</sup> Ver nota de rodapé n. 1.

<sup>(17)</sup> Ver nota de rodapé nº 9.

<sup>(18)</sup> A Portaria nº 05/95, publicada no Diário Oficial, Parte III, do dia 06/04/95, a fls. 104, foi revogada pela Portaria nº 10/95, após provocação do Ministério Público.

*venda de determinados produtos* <sup>(19)</sup>; e a Portaria nº 14/04, da Vara da Infância e da Juventude de Teresópolis, que disciplinava o uso de *skate*, patins e o uso da Praça de Esportes Radicais Alpinista Alexandre Oliveira, e que, entre outras ilegalidades, **proibia a utilização de tais brinquedos em via pública – os quais deviam ser apreendidos – e determinava a condução dos infratores (crianças e adolescentes) para autuação pela prática de desobediência** <sup>(20)</sup>.

Além das portarias acima mencionadas, muitas outras, igualmente nulas e/ou ilegais, foram expedidas pelos diversos Juízes da Infância e da Juventude deste Estado, sem que fossem observados os requisitos de validade previstos na lei, regulando matéria não autorizada pelo legislador estatutário e invadindo a esfera dos Poderes Legislativo e Executivo <sup>(21)</sup>, em flagrante ofensa ao regime democrático.

Portarias expedidas sem a observância dos princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes podem levar a **situações de autoritarismo e de abuso de poder, devendo todos os operadores do direito e a sociedade em geral se penitenciar pela situação instalada.**

Em nome da doutrina da **proteção integral** e do princípio do **melhor interesse da criança**, muitos magistrados editavam, editam e pretendem continuar editando verdadeiras leis, esquecendo-se de que o ECA: i) retirou-lhes tal função atípica; ii) busca garantir direitos a infantes e jovens, além de colocá-los a salvo de eventuais arbitrariedades praticadas a título de sua salvaguarda.

Vale transcrever a lição de PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA <sup>(22)</sup>:

---

<sup>(19)</sup> Portaria revogada por decisão do Conselho da Magistratura, nos autos do processo nº 2004.004.00959.

<sup>(20)</sup> Portaria declarada revogada pelo Conselho da Magistratura nos autos do pedido de reexame interposto pelo Ministério Público (Processo nº 2006.004.00430).

<sup>(21)</sup> Podemos citar como exemplos: a Portaria nº 10/01, do JIJ de Teresópolis, proibia o transporte de adolescentes desacompanhados em vans – invadia função do Poder Legislativo – declarada revogada pelo Conselho da Magistratura nos autos do proc. 2006.004.00423; as Portarias nº 14/01, 15/01 e 20/01, do JIJ de Teresópolis, criavam obrigações não previstas em lei, invadindo a esfera do Poder Legislativo e do Conselho Tutelar – declaradas revogadas pelo Conselho da Magistratura nos autos dos procs. 2006.004.00427, 2006.004.00424 e 2006.004.00425; a Portaria nº 27/01, do JIJ de Teresópolis – invadia função do Poder Legislativo – declarada revogada pelo Conselho da Magistratura nos autos do proc. 2006.004.00426; a Portaria nº 13/02, do JIJ de Teresópolis – invadia função do Poder Legislativo, do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente e do Conselho Tutelar – declarada revogada pelo Conselho da Magistratura nos autos do proc. 2006.004.00428; a Portaria nº 13/04, do JIJ de Teresópolis – criava obrigação não prevista em lei, invadindo a esfera do Poder Legislativo – declarada revogada pelo Conselho da Magistratura nos autos do proc. 2006.004.00429; a Portaria nº 12/98, da então 2ª VIJ da Capital – determina que adolescentes de 12 a 18 anos que pratiquem artes marciais sejam cadastrados no citado Juízo, responsável pela apuração e julgamento de atos infracionais atribuídos a adolescentes, criando obrigação não prevista em lei, invadindo a esfera do Legislativo; a Portaria nº 02/91, da 1ª VIJ da Capital, que também invadia a esfera do Legislativo, criando obrigação não prevista em lei, ao proibir a realização de eventos de qualquer gênero musical na Cidade do Rio de Janeiro, sem autorização judicial por intermédio de alvará – declarada revogada pelo Conselho da Magistratura nos autos do proc. 2006.004.00514.

<sup>(22)</sup> *Op. cit.*, p. 134.

***"99. Tutelar os direitos da criança e do adolescente não importa desprezar direitos fundamentais do mundo adulto, o que somente ocorre quando o aplicador do direito envereda-se pela vesguice de enxergar a criança ou adolescente dissociado da sua família e do contexto social em que se encontra inserido, fazendo da interpretação motivadora da decisão estuário de ideologia diversa daquela que orientou o Estatuto da Criança e do Adolescente, qual seja a que vislumbra o Brasil como um Estado Democrático de Direito, onde os direitos de todos sejam efetivamente observados."***

(grifo nosso)

Merece menção, igualmente, o comentário de ANDRÉA RODRIGUES AMIM sobre o princípio do melhor interesse:

*"Importante frisar que não se está diante de um salvo-conduto para, com fundamento no best interest ignorar a lei. O julgador não está autorizado, por exemplo, a afastar princípios como o do contraditório ou do devido processo legal, justificando seu agir no melhor interesse. Segundo CANOTILHO, os princípios, ao constituírem "exigências de otimização", permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à "lógica do tudo ou nada"), consoante seu "peso" e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes (...) em caso de "conflito entre princípios", estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas "exigências" ou "standards" que, em primeira linha (prima facie), devem ser realizados."* <sup>(23)</sup>

(grifos nossos)

É cediço que o revogado Código de Menores (Lei nº 6.697/79) autorizava ao juiz editar portarias para determinar medidas de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrassem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor (art. 8º). Pela lei anterior, a edição de portarias dispensava maiores formalidades, não demandando critérios objetivos ou justificativas, praticamente inexistindo qualquer controle sobre esta atuação.

---

<sup>(23)</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. "Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente". In: Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos*. 1ª edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, pp. 31/32.

Como nos ensina o renomado EDSON SÊDA <sup>(24)</sup>, Advogado, educador, *membro da Comissão redatora do Estatuto*:

*“... quando da vigência do Código de Menores, o juiz praticamente legislava para a sociedade em geral, interferindo no exercício do pátrio poder e praticando livremente vários tipos de censura, através da emissão de simples portaria.”*

*Do confronto entre o revogado diploma e o atual resulta claramente que o Estatuto da Criança e do Adolescente restringiu expressamente o poder da autoridade judiciária de editar portarias às hipóteses exaustivamente previstas no art. 149.*

Ultrapassado o limite da autorização legislativa contida no dispositivo em comento, disciplinando o Juiz hipóteses não contempladas no artigo 149, I e II do ECA, como acontecia na vigência da lei anterior, violado se encontra o princípio constitucional da legalidade.

WILSON DONIZETI LIBERATI sintetiza o acima exposto <sup>(25)</sup>:

*“A portaria expedida pelo juiz da infância e da 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.”*  
(grifos nossos)

Verifica-se, assim, na legislação atual, que a competência atribuída ao Magistrado pelo legislador estatutário para expedir portaria disciplinadora apresenta paradigmas totalmente diversos daqueles existentes à época do Código de Menores, uma vez que, hoje, deve haver observância estrita aos ditames constitucionais vigentes e aos limites e requisitos estabelecidos no ECA, não havendo mais lugar para o subjetivismo.

Sobre o tema, vale citar a posição de LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIREDO <sup>(26)</sup>:

---

<sup>(24)</sup> SÊDA, Edson. *Construir o Passado*, Malheiros, 1993, p. 104.

<sup>(25)</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 8ª ed., Malheiros, 2004, p. 151.

<sup>(26)</sup> FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. *Temas de Direito da Criança e do Adolescente*. Nossa Livraria, Recife, 1997, p. 140.

*“Outros tantos editavam e, lamentavelmente, editam Portarias que apenas repetem preceitos contidos em algumas Leis, como por exemplo proibição de venda de bebidas alcoólicas ou armas de fogo, ou de conceder a direção de veículo a menores de 18 anos, etc... A sabedoria popular chama isso de “chover no molhado”, e a proibição e o conseqüente poder do Estado de sancionar o infrator decorre de Lei e nunca de portaria. Exatamente por essas razões, o legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente cuidou de escoimar do ordenamento jurídico tão desarrazoada situação. As Portarias dos juízes da infância e da juventude, desde 13.10.90, são exclusivamente aquelas previstas e reguladas no artigo 149 e parágrafos do estatuto, o que implica em dizer: a listagem legal é exaustiva, as portarias são sempre caso a caso; o Ministério Público será sempre ouvido previamente (arts. 153, 201, III, e 202 da L.E.C.A); a indispensável fundamentação da medida”. (grifos nossos)*

Some-se a isto que, ao contrário da lei anterior, o legislador estatutário vedou as determinações de caráter geral, que abrangiam um número indeterminado de locais e estabelecimentos, na forma do disposto no parágrafo 2º do artigo em análise, devendo as decisões ser fundamentadas, caso a caso, em perfeita consonância com o disposto no art. 93, IX da C.F., o que significa dizer que os destinatários da portaria devem ser identificados, sob pena do ato se caracterizar como genérico.

Assim, mesmo dentro das estritas hipóteses previstas no art. 149 do ECA, as portarias devem regular situação individual, o que significa a extinção daquele poder normativo genérico, como reconhece doutrina respeitável e majoritária.

Sem a observância da normatização caso a caso, na forma prevista no parágrafo 2º do art. 149 – o que ocorre quando se pretende regular diversas situações sem se ater a caso concreto e sem se levar em conta os fatores indicados no parágrafo 1º do mencionado dispositivo – o que pressupõe a identificação e verificação de cada local ou evento, mais um requisito de validade resta prejudicado.

A Lei nº 8.069/90 impõe que tal ato judicial leve em conta a existência de instalações adequadas, o tipo de frequência habitual ao local, a adequação do ambiente à eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes, observando-se os fatores elencados no parágrafo 1º, do dispositivo em comento, o que demanda a realização de sindicância no local alvo da regulamentação.

Ademais, no caso do inciso I do citado dispositivo, à autoridade judiciária compete apenas disciplinar as situações em que crianças e adolescentes estiverem *desacompanhados* dos pais ou responsável. Quando *acompanhados*, falece autorização ao Judiciário para qualquer regulamentação através de portaria ou alvará, só podendo o Juiz se imiscuir em semelhante hipótese se diante de ação própria fundamentada em ameaça ou violação a direito de infante ou jovem.

É forçoso relembrar que o *Estatuto da Criança e do Adolescente devolveu aos pais a plenitude do poder familiar*, caracterizado como um conjunto de direitos e deveres, cabendo a estes assistir, criar e educar seus filhos (art. 229 da CF).

Como nos ensina o renomado EDSON SÊDA <sup>(27)</sup>, quando trata do poder familiar:

*“É um poder porque a lei faculta ao pai e à mãe escolherem como farão a assistência, a criação e a educação dos filhos.*

*Formas diferentes serão escolhidas para assistir, criar e educar os filhos, segundo os pais sejam conservadores ou liberais, sofisticados ou simples e, evidentemente, nos limites de suas posses, segundo sejam pobres ou ricos. E assim por diante.*

*O princípio básico é o de que cabe aos pais se autodeterminarem quanto a essa assistência, criação e educação dos filhos. Assistir é promover as condições materiais para a proteção dos filhos: dar segurança, alimentação, vestuário, higiene, convivência, etc. Criar é promover as adequadas condições biológicas, psicológicas e sociais que garantam o peculiar desenvolvimento que caracteriza a criança e o adolescente. Educar é desenvolver hábitos, usos, costumes tais que integrem os filhos na cultura de sua comunidade, através de padrões éticos aptos para o exercício da cidadania.”*

Prossegue o aclamado estudioso <sup>(28)</sup>:

*“O que ocorre com o Estatuto é que o exercício do pátrio poder foi reforçado: Exemplo: antes pai e mãe só podiam freqüentar certos lugares com os filhos se o Juiz de sua Comarca assim o julgasse adequado. A legislação anterior autorizava o juiz a agir como se fosse o legislador local para esses assuntos, expedindo portarias que fixavam normas sobre o que*

---

<sup>(27)</sup> Op. cit., p. 30.

<sup>(28)</sup> Op. cit., pp. 47/48.

*os pais podiam ou não fazer nesse terreno. Ou seja, o juiz era autorizado, por lei, a interferir no exercício da cidadania dos pais em relação aos filhos. O Juiz era quem se autodeterminava no lugar dos pais!*

*Agora, cabe aos pais disciplinarem a entrada e permanência dos filhos, desde que os acompanhe (ECA, 75; 149, I), em: estádio, ginásio e campo desportivo; bailes e promoções dançantes; boate e congêneres; casa que explore comercialmente diversões eletrônicas; estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão. Desacompanhados os filhos, cabe ao Juiz local disciplinar essa frequência, obedecidas certas exigências do Estatuto.*

*Vê-se assim que nesses casos, cabe aos pais se autodeterminarem, desde que estejam junto com os filhos. Desacompanhados os filhos dos pais, o Estatuto vê a questão como de ordem pública, cabendo ao Juiz julgar o pedido das partes (proprietário dos locais de frequência ou responsáveis pelos espetáculos ou eventos), vedadas as determinações de caráter geral: o Juiz não pode agir como se fosse legislador emitindo normas gerais. E os responsáveis por diversões e espetáculos devem pedir à autoridade judiciária a classificação para regular a frequência de adolescentes desacompanhados, já que crianças só podem frequentá-los acompanhados de pais ou responsável (ECA, 74, 75). Mas isto é apenas um exemplo para dar idéia do reforço das opções parentais.*

*Reforçado o pátrio poder, temos então que, quando os pais deixam de assistir, criar e educar os filhos, seja por agirem neste sentido (ao abusarem de sua autodeterminação), ou por deixarem de agir quando deviam (omissão), eles ameaçam ou violam direitos dos filhos.” (os grifos são nossos)*

Nestas hipóteses, os pais podem ser responsabilizados, de acordo com o caso concreto, uma vez que a sistemática do Estatuto assegura o direito de crianças e adolescentes à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 71), mas prevê que é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente (art. 70) e que a inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica (art. 73).

Como já exposto, a jurisdição (contenciosa ou voluntária) demanda ser exercida dentro de um processo. Somente dentro dele é possível ao Juiz do Estatuto analisar,

diante de uma situação concreta, a necessidade da expedição de uma portaria, fundamentando sua decisão, levando em conta, caso a caso, os fatores indicados no parágrafo primeiro do art. 149 do ECA, contando com a intervenção do Ministério Público (na forma preceituada pelos arts. 153, parte final, 201, III e 202 do citado diploma), possibilitando a interposição do recurso cabível que, no caso, é a apelação, na forma expressa no art. 199 da Lei nº 8.069/90.

MÁRCIO TADEU SILVA, ao tratar do tema, esclarece <sup>(29)</sup>:

*"A limitação por portaria judicial somente pode se dar após o devido processo legal, tendo em vista o caso concreto, com garantia do contraditório e da ampla defesa, eis que não é de se ter norma genérica, mas aplicável ao fato material singular, em que se verifique qualquer das hipóteses do art. 98 da Lei especial em referência".*  
(grifos nossos)

Temos, assim, também como requisito de validade das medidas previstas no art. 149 do ECA (seja o alvará, seja a portaria) a existência de **procedimento**.

O ato judicial deve ser precedido, portanto, de procedimento instaurado para tal finalidade. À falta de procedimento próprio previsto no ECA ou em outra lei, deve ser observado o rito estabelecido no art. 153 do diploma protetivo <sup>(30)</sup>, aplicando-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual civil referentes aos procedimentos de jurisdição voluntária, por força do disposto no art. 152 do Estatuto.

Para que a autoridade judiciária exerça a jurisdição, no procedimento em comento, mostra-se, ainda, necessária a existência de **interesse de agir**.

O art. 75 do ECA prevê que *toda criança ou adolescente terá acesso às diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária*, estatuidando o parágrafo único do citado dispositivo que *as crianças menores de dez anos somente poderão ingressar e permanecer nos locais de apresentação ou exibição quando acompanhadas dos pais ou responsável*.

---

<sup>(29)</sup> MARQUES, Márcio Tadeu Silva. "O melhor interesse da criança: do subjetivismo ao garantismo". In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. pp. 467/496.

<sup>(30)</sup> "Art. 153. 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".

Quando, então, será necessário que a autoridade judiciária discipline, através de portaria, a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhada dos pais ou responsável, em estádio, ginásio, campo desportivo, bailes ou promoções dançantes, boate ou congêneres, casa que explore comercialmente diversões eletrônicas, ou em estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão?

Diante de diversão ou espetáculo classificado pelo órgão público competente como recomendado a crianças ou adolescentes, desnecessária se mostra a edição de portaria pela autoridade judiciária, aplicando-se o disposto no art. 75 do ECA.

Outrossim, se o estabelecimento ou espetáculo já possui alvará específico, desnecessária a edição de portaria disciplinadora.

Ainda nos valendo da lição do emérito Desembargador ANTONIO FERNANDO DO AMARAL E SILVA <sup>(31)</sup>, temos que a regra geral é a desnecessidade de ato regulamentador.

A limitação do acesso de crianças e adolescentes desacompanhados dos pais ou responsável legal a determinados locais (elencados taxativamente no art. 149 do ECA e identificados quando da expedição da portaria) é exceção, pois a regra é o **direito à liberdade**. Verificada, através do devido processo legal, a *inadequação* de determinado local à frequência de crianças e adolescentes desacompanhados dos pais ou responsável legal, pode a autoridade judiciária limitar o acesso dos infantes e jovens ou mesmo proibir sua frequência.

O procedimento para expedição de portaria pode ser iniciado por **provocação** do Ministério Público, do Conselho Tutelar ou por outro legitimado, podendo, ainda, ser instaurado **de ofício**, pela própria autoridade judiciária, *diante do caso concreto* que se lhe apresenta, sendo esta uma das exceções ao princípio da inércia da jurisdição, princípio mitigado no Estatuto em pontos excepcionais, sendo a expedição de portarias um dos poucos exemplos ainda remanescentes.

Como já mencionado, o princípio da inércia não é absoluto, havendo exceções à regra, aplicáveis também a outros juízes, e não somente aos da infância e da juventude, como é o caso, por exemplo, do procedimento previsto no art. 989 do CPC, e dos procedimentos de jurisdição voluntária previstos nos arts. 1113, 1129, 1142, 1160, 1171, 1190 do citado diploma. Esta peculiaridade não importa, no entanto, a que os referidos procedimentos deixem de ser considerados jurisdicionais e/ou que os juízes se descuidem das normas e princípios que regem o processo.

E não é só. Aplicando-se subsidiariamente aos procedimentos regulados pelo ECA as normas gerais previstas na legislação processual pertinente, na forma preconizada pelo art. 152 do diploma protetivo, mostra-se indispensável, a coadunar a decisão judicial com os princípios constitucionais em vigor

---

<sup>(31)</sup> *Op. cit.*, p. 491.

(especialmente os relativos ao devido processo legal, ao direito ao contraditório e à ampla defesa), a observância, neste procedimento de jurisdição voluntária, à regra inserta no art. 1.105 do CPC, de modo a que o terceiro atingido pela decisão possa valer-se do recurso cabível (art. 199 do ECA).

A necessidade da intervenção do Ministério Público nos procedimentos afetos à justiça da infância e da juventude é outra condição para a validade das portarias.

Sobre o assunto, vale atentar para o ensinamento do mestre PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA <sup>(32)</sup>:

*“Outro traço característico dessa tutela jurisdicional sócio-individual consiste na intervenção do Ministério Público em todo e em qualquer processo que se vislumbre interesse da criança ou adolescente. No juízo especial conta com regras específicas, constantes dos arts. 201, inc. III, última figura, e 202 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, no juízo comum com a regra geral do art. 82, inc. I, do Código de Processo Civil que determina sua intervenção nas causas em que há interesses de incapazes. A falta da sua intervenção gera nulidade absoluta, devendo ser declarada de ofício ou mediante provocação, porquanto presumido que o interesse social relevado pelo legislador não restou defendido adequadamente.”*

Também WILSON DONIZETI LIBERATI <sup>(33)</sup>, ao tratar das portarias, acrescenta:

*“Os atos administrativos com efeitos jurídicos expedidos pela autoridade judiciária deverão receber o parecer prévio do representante do Ministério Público, nos termos dos arts. 201, III e 202, sob pena de serem considerados nulos.”*

(grifo nosso)

Chega a ser óbvio, diante dos termos dos arts. 153, 201, III e 202 do ECA, e dos arts. 82, I, 83 e 84 do CPC, aplicados por força do art. 152 do primeiro diploma, que a intervenção do Ministério Público há de se dar antes da edição da portaria, mostrando-se absurda a sustentação de alguns magistrados no sentido de que a intimação do Parquet pode se dar ao final, quando da ciência do ato.

---

<sup>(32)</sup> *Op. cit.*, p. 97.

<sup>(33)</sup> *Op. cit.*, p. 152.

É o que se defluiu, também, do relatório da Deputada Rita Camata, quando de seu parecer sobre o Projeto de Lei nº 5.172/90 <sup>(34)</sup>, retro mencionado:

*“O Ministério Público, coerente com suas novas atribuições constitucionais da defesa dos interesses maiores da sociedade, passa a ter, nos termos do Projeto, atuação mais ampla, participando de todas as instâncias decisórias, em todos os feitos que envolvem direitos da criança e do adolescente.”*

(grifo nosso)

Somente neste contexto, com a observância das normas e princípios acima mencionados, pôde o legislador prever o recurso de **apelação** contra as decisões proferidas com base no citado dispositivo, na forma estatuída no art. 199 do ECA.

Dispõe o citado dispositivo que *“contra as decisões proferidas com base no art. 149 caberá recurso de apelação”*, o que consagra 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 ou estabelecimentos previamente determinados e perfeitamente identificados, no qual será obrigatória a intervenção do Ministério Público, como apontado por MURILLO JOSÉ DIGÍACOMO no texto retro citado <sup>(35)</sup>.

Ao comentar a tutela jurisdicional diferenciada na Justiça da Infância e da Juventude, PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA <sup>(36)</sup> nos ensina:

*“Além de disciplinar vários procedimentos especiais, o que, por si só, indica uma tutela concorde com as particularidades do Direito material, o Estatuto da Criança e do Adolescente alterou em aspectos substanciais o sistema recursal do Código de Processo Civil, aplicável às lides de competência da Justiça Especial. Ao possibilitar, exemplificando, a reforma da decisão pelo juiz de primeiro grau, impor a regra do efeito meramente devolutivo às apelações, diminuir prazos, dispensar revisor e prever recurso contra portarias da autoridade judiciária, meio especial de insurgência em face de abuso na utilização do poder normativo residual do juiz de direito, prescreveu inovações que igualmente conduzem*

---

<sup>(34)</sup> Nota de rodapé n. 3.

<sup>(35)</sup> Nota de rodapé n. 14

<sup>(36)</sup> *Op. cit.*, p. 82.

*à concepção da existência de um diverso sistema de distribuição de justiça."*

Tratando-se de medida de natureza jurisdicional, o recurso contra portaria da autoridade judiciária expedida com base no art. 149 do ECA é a apelação, como corretamente apontado pelo artigo 199 do mesmo diploma. Mas, se a medida inobserva os requisitos de validade previstos na legislação em vigor, caracterizando-se como ato meramente administrativo, a revisão pode se dar através do próprio órgão ou de órgão superior da administração, ou ainda, mediante mandado de segurança, remédio jurídico cabível contra atos ilegais e abusivos que ameacem ou violem direitos líquidos e certos.

MURILLO JOSÉ DIGIÁCOMO, em esclarecedor estudo sobre o tema <sup>(37)</sup>, conclui:

*"Neste 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 arbítrio da autoridade judiciária."*

Ocorre que, apesar das mudanças, a cultura das portarias da época do famigerado Código de Menores permanece permeando o inconsciente dos operadores do direito, continuando os Juízes da Infância e da Juventude a expedir portarias genéricas e/ou invasivas da esfera do Legislativo, em franco desrespeito à Constituição Federal e à Lei nº 8.069/90, extrapolando os estreitos limites previstos no art. 149 do referido diploma, sem a observância ao devido processo legal e sem possibilitar a intervenção do MP, o que eiva os citados atos de nulidade.

A elucidativa sistematização elaborada por MURILLO JOSÉ DIGIÁCOMO, no artigo supra mencionado, resume o procedimento que envolve a expedição de portaria calcada no art. 149 do ECA:

*"Vale repetir que uma portaria disciplinadora não é um ato de mera liberalidade da autoridade judicial, 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*

---

<sup>(37)</sup> Ver nota de rodapé nº 14.

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", 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, interpor recurso de apelação contra tal decisão (devendo tal advertência constar do mandado respectivo)."**

Cumprir frisar que as portarias expedidas sem a observância dos princípios e normas aqui apontados padecem de vício de nulidade.

Vale mencionar o exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, órgão que se destaca no cenário pátrio como dos mais avançados na matéria, o qual editou **recomendação** no que concerne à expedição de portarias pelos Juízes da Infância e da Juventude, através de Ofício Circular nº 113/96-CGJ da Corregedoria-Geral afirmando que, por expressa vedação legal, *descabe a regulamentação genérica vedando ou restringindo, de modo indiscriminado, a entrada ou permanência de crianças e adolescentes, desacompanhados dos pais, nos estabelecimentos e atividades a que se refere o artigo 149 do ECA, recomendando,*

em atenção ao disposto no parágrafo 2º deste artigo, a *apuração, caso a caso, das condições de atenção ao parágrafo 1º do mesmo dispositivo* pelo estabelecimento ou atividade, *assegurando-se à parte interessada o direito ao devido processo legal* nos termos do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Por sua vez, o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro expediu oportuna resolução (nº 02/06) revogando todas as portarias emitidas por Juízo da Infância e da Juventude que não se referissem às estritas hipóteses previstas no art. 149 do ECA. O citado ato, inicialmente merecedor de aplausos, corre o risco de ser profundamente modificado em razão do inconformismo de alguns Juízes da Infância e da Juventude com a medida, que alegam ter tido suas funções e atuação prejudicadas em decorrência da edição do citado ato, este sim, de natureza administrativa <sup>(38)</sup>.

Enganam-se os Magistrados que assim pensam. A atividade dos Juízes da Infância e da Juventude independe da edição de portarias, não tendo sido obstaculizada pelo Conselho da Magistratura. É certo que a relevante função jurisdicional não se reduz à expedição de portarias e que a prevenção à lesão de direitos de infantes e jovens não se efetua, unicamente, através desta atuação. Some-se a isto que a edição de portarias fulcradas no art. 149 do ECA, não está proibida, apenas limitada pela própria lei, que aponta as fronteiras e requisitos para que a portaria possa existir validamente, integrada de forma harmônica ao ordenamento jurídico vigente.

Este olhar parcial não deixa visualizar que o ECA introduziu em nosso ordenamento um sistema de garantias, onde cada órgão público, a sociedade civil e a família têm sua parcela de responsabilidade sobre a prevenção, não recaindo mais, apenas nas costas dos juízes da infância e da juventude, a responsabilidade pela garantia dos direitos infanto-juvenis.

Os direitos de crianças e adolescentes não serão mais ou menos desrespeitados se o juiz deixar de expedir portarias.

O ingresso, permanência ou participação de crianças e adolescentes, para os fins do art. 149 do ECA, pode ser autorizado através de alvará, sendo que, à falta deste, e na hipótese do evento ser inadequado, tal ingresso, permanência ou participação é, a princípio, proibido, podendo ser alvo de autuação pelo Juízo, ou representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, visando a responsabilização da pessoa física ou jurídica, nos termos do art. 73 do citado diploma.

Como demonstrado <sup>(39)</sup>, esta concepção equivocada tem dado ensejo à edição de atos arbitrários, invasivos da atribuição de outros órgãos públicos, em flagrante **ofensa ao regime democrático**.

---

<sup>(38)</sup> As portarias alcançadas pela Resolução CM nº 02/06 tinham natureza jurídica de meros atos administrativos, uma vez que não observavam qualquer dos requisitos de validade previstos na legislação em vigor, razão pela qual foram revogadas pela própria Administração.

<sup>(39)</sup> Ver notas de rodapé n. 18 a 21.

Apenas com a observância das limitações embutidas no art. 149, em consonância com os dispositivos do Estatuto retro mencionados, é possível a coadunação da medida judicial em tela com os diversos princípios constitucionais aplicáveis à espécie, destacando-se:

- o **princípio da independência e harmonia entre os Poderes**, cabendo ao Poder Legislativo, e não ao Poder Judiciário, a função de elaboração das leis;
- o **princípio da legalidade**, segundo o qual *ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*;
- o **princípio da reserva legal**, uma vez que não há pena sem prévia cominação legal, sendo que o descumprimento às portarias dos juízes vem importando em autuação por infrações administrativas não previstas em lei;
- o **princípio do contraditório e da ampla defesa**, garantido nos procedimentos jurisdicionais e mesmo em procedimentos administrativos.
- o **princípio do devido processo legal**, sem o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens.

Por todo o exposto, podemos concluir a presente análise com a lição do mestre ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, que resume as considerações aqui aduzidas <sup>(40)</sup> sobre a emissão de portarias pelos Juízes da Infância e da Juventude:

“De tudo quanto se expôs, a conclusão a que se chega nesse parecer é que o juiz da infância e da adolescência só pode emitir portarias no caso do art. 191 do ECA (para dar início ao processo ali previsto) ou nos limites do art. 149 do mesmo diploma. Neste último caso, a portaria deve ser considerada um provimento de jurisdição voluntária, o que exige a observância do procedimento previsto nos arts. 1.103 a 1.109 do Código de Processo Civil, respeitadas todas as garantias constitucionais do processo, notadamente o princípio do contraditório.”

---

<sup>(40)</sup> Ver nota de rodapé n. 20.

---

<sup>(\*)</sup> ROSA CARNEIRO é Procuradora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

---