

DIREITO CIVIL

ARTIGO

A COMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E OS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS

JURISDICTION OF THE CHILD AND ADOLESCENT COURT AND THE UNAVAILABLE INDIVIDUAL RIGHTS

JADIR CIRQUEIRA DE SOUZA

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
mpjadir@uol.com.br

RESUMO: O artigo defende o gradual retorno da competência das varas da Infância e Juventude, sempre que demonstrada a ação ou omissão da família, da sociedade ou do Estado, como uma das formas de prestigiar a defesa especializada dos novos direitos indisponíveis de crianças e adolescentes. Mostra também que a interpretação das regras e dos princípios da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente feita pelos tribunais e demais participantes do sistema infanto-juvenil continua amparada no abolido paradigma do *menor em situação irregular* (art. 2º da Lei n. 6.697/1979) – denominado atualmente de *situação de risco* (art. 98, I, II e III, da Lei n. 8.069/1990) –, bem como na percepção da falta de condições para o funcionamento razoável das varas da Infância e Juventude. Essas circunstâncias têm, sistematicamente, levado importantes questões relativas à proteção dos direitos infanto-juvenis para as varas da Fazenda Pública,

cíveis, agrárias etc., sabidamente especializadas em temas jurídicos diversos e patrimoniais. Este estudo procura alertar para que seja interrompida a contínua marcha doutrinária e jurisprudencial menorista, que possui renomados defensores, sob pena de serem praticamente esvaziadas as importantes atividades jurisdicionais das varas da Infância e Juventude, trazendo, gradativamente, o retorno das seculares funções menoristas e frustrando-se as inovadoras perspectivas trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: competência, crianças, família, jurisprudência, situação de risco.

ABSTRACT: The article discusses the gradual return of the competence of the courts of childhood and youth, always demonstrating the action and/or omission of the family, society and State, as a way to honor the defense of the new specialized individual inalienable rights of children and adolescents. It shows that the interpretation of rules and principles of the Brazilian Federal Constitution and the Statute of Children and Adolescents (SCA) made by the Courts of Justice and other participants in the juvenile system supported by the revoked paradigm of the minor in an irregular situation (art. 2º of Law n. 6.697/79), currently known risky situation (art. 98, I, II, and II of Law n. 8.069/90), and lack of conditions for the reasonable operation of the courts of childhood and youth have systematically taken important issues concerning the protection of children and adolescents rights to civil, family, the public treasure, agrarian courts, etc. Finally, the study alerts for the necessary interruption of the march of doctrine and minor jurisprudence, under penalty of virtually emptying the important activities of the judicial court of childhood and youth, and as a consequence, the gradual return of minor secular functions, frustrating the innovative perspectives brought by the SCA and the Brazilian Federal Constitution.

KEY WORDS: competence, children, family, jurisprudence, risk situation

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O ECA ainda não entrou em vigor? 3. A competência do juízo especializado da Infância e Juventude. 3.1. Aspectos introdutórios da competência. 3.2. Competência residual da justiça especializada. 3.3. A necessária revisão jurisprudencial. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O sistema de justiça infanto-juvenil – integrado por abnegados profissionais das carreiras jurídicas, no comparativo com a força revolucionária dos arrojados movimentos sociais que culminaram com a publicação da Constituição Federal (CF) de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990 – continua aparentemente passivo diante da continuidade dos graves, seculares e persistentes problemas e dramas que assolam a juventude brasileira.

Embora o Poder Judiciário seja o encarregado de lidar com a parte mais vulnerável da sociedade e, em tese, o setor mais importante dentro do sistema jurídico, por culpa concorrente de seus doutos integrantes, vem perdendo a significativa dianteira histórica alcançada com a entrada em vigor da CF e do ECA, no confronto direto com a crescente e rápida qualidade da defesa extrajudicial e judicial do meio ambiente, do consumidor, das mulheres vítimas da violência doméstica etc.

Enquanto os integrantes do sistema de justiça consumerista e ambiental – sabedores da qualidade das respectivas leis – cada vez mais buscam atrair expressivo número de questões jurídicas para as varas especializadas, na esfera da defesa dos direitos infanto-juvenis – mesmo com uma lei federal de reconhecida importância internacional –, os operadores do Direito nas varas da Infância e Juventude buscam reduzir o número de questões típicas da jurisdição especializada ou mesmo excluí-las desse âmbito. Tal posicionamento constitui-se em uma atitude autofágica, de evidente diminuição da importância institucional da justiça infanto-juvenil.

A falta de condições adequadas de trabalho em virtude do extenso rol de atividades diárias, a quantidade insuficiente de equipes

técnicas à disposição de Juízes e membros do Ministério Público (MP), a assunção judicial de funções administrativas específicas do Conselho Tutelar, do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) e dos programas municipais de proteção, a excessiva criminalização infanto-juvenil e a interpretação equivocada das normas estatutárias e constitucionais constituem os pilares do constrangedor processo de redução das competências jurisdicionais das varas da Infância e Juventude, desencadeado sistematicamente pelos próprios membros das instituições nas suas respectivas instâncias.

Como se defenderá, é muito mais oportuno – do ponto de vista constitucional, estatutário, da sociedade civil e das crianças e adolescentes – reforçar e enriquecer a atuação dessas varas, inclusive regionalizando-se suas estruturas, dotando-as com mais Juízes de Direito, Promotores de Justiça, advogados, Defensores Públicos, psicólogos, pedagogos, assistentes sociais etc., do que simplesmente promover a redução das competências jurisdicionais, o que vai de encontro aos avanços preconizados pela sociedade rumo à justiça especializada.

Para justificar a manutenção das competências e o aprimoramento das varas da Infância e Juventude na proteção dos novos direitos individuais fundamentais, as presentes reflexões encontram-se divididas em três partes sucessivas.

A primeira tratará dos fundamentos históricos e legislativos da jurisdição e competência da justiça da Infância e Juventude; a segunda apresentará os aspectos genéricos e específicos da questão; e a terceira reforçará a defesa da manutenção das competências, mediante a análise de algumas hipóteses jurisprudenciais recorrentes e similares.

Enfim, as provocações lançadas objetivam sensibilizar especialmente os integrantes do sistema de justiça infanto-juvenil para a defesa insuficiente e superficial dos direitos de milhões de crianças e adolescentes em outras esferas jurisdicionais e administrativas. Além disso, busca-se prestigiar e enaltecer a importância da atuação dessas varas com a atração de profissionais de renome para o setor

e, finalmente, estimular o fornecimento de melhores condições de trabalho para todas as instituições. Essas ações visam atender os princípios constitucionais e estatutários da proteção integral e da prioridade absoluta, ainda muito distante de serem colocados em prática por vários segmentos institucionais.

2. O ECA ainda não entrou em vigor?

Já adianto a resposta: não.

Vagamente difundido nos cursos superiores de Direito das universidades brasileiras, o ensino do ECA constitui um apêndice do Direito de Família ou de matérias eletivas, inclusive com o reiterado ensino do Direito menorista. Tornou-se conhecimento elementar nos congressos e seminários que os mais importantes instrumentos legislativos de proteção à infância e juventude (a CF e o ECA) trouxeram os princípios e as regras jurídicas para a defesa prioritária e absoluta dos novos direitos das crianças e adolescentes, na esfera social, administrativa e jurisdicional.

É possível afirmar, sem medo de cometer um equívoco, que o sistema de justiça no Brasil, no início do século XXI – tomando-se como parâmetro exemplificativo a recente jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) – ainda opera segundo os fundamentos do revogado sistema menorista, especificamente no plano da competência jurisdicional dos Juízes da Infância e Juventude, sendo, de forma inadvertida, utilizada a mesma fundamentação doutrinária sedimentada na vigência da Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores) (NOGUEIRA, 1988, p. 157). Basta a leitura dos milhares de acórdãos e pareceres para se constatar o uso indiscriminado da expressão *menor*.

Para compreender a continuidade do sistema menorista – que não reconhecia as crianças e adolescentes como titulares de direitos subjetivos – perante os Juízes e Tribunais, deve-se retroceder no tempo, uma vez que foi com a entrada em vigor do primeiro Código de Menores, em 1927, que teve início o secular e persistente ciclo

penal-menorista. A atuação judiciária da época era embasada nos Tribunais de Menores do sistema estadunidense (MENDEZ & COSTA, 1994, p. 18).

Em 1979, durante a última ditadura militar, entrou em vigor o segundo Código de Menores. Além da manutenção do Juizado de Menores, criado em 1927, teve início a segunda fase menorista, mantendo-se os equívocos institucionais anteriores. É dessa época a famosa expressão *combate aos menores*, sendo possível, ainda hoje, encontrar juristas saudosos que pregam a militarização das crianças e adolescentes nos quartéis.

Reforçou-se, nos espaços legislativo e administrativo, a atuação mais incisiva daqueles juizados. Todas as ações e medidas de proteção ou repressão das crianças e adolescentes em situação irregular foram concentradas ainda mais nas antigas varas de Menores (SOUZA, 2008, p. 113).

Por conta dessa perspectiva unilateral de pseudoproteção, na esteira da lei menorista e do regime autoritário da época (CF de 1967), os Juizados de Menores reduziram as possibilidades dos direitos de defesa e do processo legal por parte das crianças e adolescentes apreendidos. Se encontrados em situação irregular (fossem pobres ou praticantes de crimes), sem maiores questionamentos jurídicos, eram liminarmente acolhidos em instituições públicas coordenadas pelos juizados. Jorge Amado, em 1937, em seu célebre *Capitães da Areia*, já mostrava a dura realidade dos abrigos e da população infanto-juvenil que praticava ilícitos penais para sobreviver.

Tornou-se conhecimento histórico que, no período de vigência dos Códigos de Menores – de 1927 até 1990 –, a população infanto-juvenil mais pobre e abandonada do Brasil não recebeu a devida atenção do Poder Judiciário e das demais instituições da sociedade civil, por conta da performance autoritária da época.

No entanto, dada a clara injustiça, as leis e o sistema menorista não resistiram aos avanços democráticos de 1988, na medida em que tratavam como questão de natureza policial situações objetivas

de necessidades sociais básicas e, além disso, não garantiam a diferença de tratamento jurídico entre menores infratores e as vítimas de maus-tratos nas famílias, na sociedade e pelo próprio Estado (RIZZINI, 1997 e SARAIVA, 2006).

Devido aos seculares problemas, além da força propulsora dos movimentos sociais pela defesa dos direitos da juventude – que assumiram posição de vanguarda no período da última abertura democrática (1985) –, a entrada em vigor da CF, em 1988, e a vigência do ECA, em 1990, ainda são considerados os marcos da ruptura menorista, por retirarem as crianças e os adolescentes, legislativamente, da condição de meros objetos de direito e os colocarem na condição de titulares de direitos fundamentais.

Deve ser ressaltado que, utilizando-se da legislação estatutária, interpretada segundo os retrógrados paradigmas menoristas, várias ações repressivas persistem, e muitas vezes práticas ainda são ressuscitadas, como por exemplo, o denominado *toque de recolher*, com base no revogado art. 8º da Lei n. 6.697/1979 (MENDEZ & COSTA, 1994, p. 53). Assim, muitas varas notabilizam-se pela exclusiva defesa dos deveres, em vez da proteção dos direitos fundamentais das vítimas dos maus-tratos, da pedofilia, das drogas etc.

Imaginava-se, a partir de 1990, que o país iniciasse alvissareiro ciclo de proteção integral infanto-juvenil, adequado às novas regras, princípios e paradigmas internacionais, uma vez que, fixada a titularidade dos direitos fundamentais, naturalmente, seriam canalizadas para a justiça da Infância e Juventude todas as questões relativas aos novos direitos, principalmente pela criação de um microsistema legislativo exauriente e de conformidade com a nova CF (ALMEIDA, 2007, p. 31).

No entanto, a falta de conhecimento das leis, da CF e, principalmente, dos fundamentos do ECA; a ausência de políticas públicas municipais mais consistentes e efetivas; a desmedida atuação administrativa do Poder Judiciário em questões típicas dos Conselhos Tutelares, dos Conselhos de Direitos e dos programas municipais de proteção

integral (art. 90 do ECA); a excessiva criminalização menorista; e, por fim, a pouca vontade social na efetivação dos novos direitos precisam ser enfrentados, com muito debate, informação e disposição resolutiva.

Dentre as inovações legislativas, o ECA organizou um completo microsistema de proteção dos direitos fundamentais infanto-juvenis, fixando na legislação federal a competência das varas da Infância e Juventude para decidir os conflitos de interesses que envolvam a violação de direitos civis e administrativos das crianças e adolescentes, além de permitir que os Juízes se utilizem de regras processuais incompatíveis com o tradicional processo civil.

O Estatuto também deixou claro que, sempre que crianças e adolescentes forem vítimas das ações ou omissões da família, da sociedade ou do Estado, deverão receber imediato e exauriente auxílio, proteção e amparo do Conselho Tutelar, do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, do Ministério Público, na esfera administrativa, bem como do Poder Judiciário, após a devida provocação pelo exercício do direito de ação, recolocando-se os magistrados nas funções tipicamente jurisdicionais e, somente como exceção, na esfera administrativa.

Além das regras pertinentes ao funcionamento do sistema de proteção, o ECA transformou os Juizados de Menores nas atuais varas da Infância e Juventude, dotando as comarcas de um Juiz ou uma Juíza de Direito especializados, uma secretaria e um corpo técnico formado por psicólogos, assistentes sociais, pedagogos e demais integrantes da equipe interprofissional, na forma do art. 150 do ECA.

Assim, de forma diversa do último sistema menorista, o ECA e a CF alçaram as crianças e os adolescentes a titulares de direitos e de deveres na ordem jurídica (SOUZA, 2008) e, ao mesmo, tempo criaram interessante sistema jurídico de proteção dos novos direitos infanto-juvenis, fixando-se as responsabilidades e atribuições do Conselho Tutelar, do Conselho Municipal de Direitos, do Município, do Ministério Público e as competências jurisdicionais da justiça da Infância e Juventude.

3. A competência do juízo especializado da Infância e Juventude

A despeito da criação das varas especializadas da Infância e Juventude – o juízo natural para a discussão dos novos direitos – e da percepção histórica de que crianças e adolescentes assumiram a titularidade de direitos fundamentais, observa-se a contínua remessa das ações tipicamente jurisdicionais infanto-juvenis para as varas de família, cíveis e da Fazenda Pública, ligada a aspectos que merecem reflexão crítica.

Na prática forense, constata-se que o sistema judicial não conseguiu desvencilhar-se das várias funções e atividades tipicamente administrativas, nos termos do temporário art. 262 do ECA. Excessivamente preocupada com matérias típicas do Conselho Tutelar, do CMDCA e dos programas municipais de proteção integral, a justiça da Infância e Juventude perde-se no cipoal de responsabilidades específicas das demais instâncias administrativas. O resultado imediato disso é a instauração de milhares de procedimentos judiciais inominados de jurisdição voluntária.

Outra consequência direta, além da excessiva absorção de trabalho de outras instâncias administrativas, consiste na violação de direitos elementares de crianças vitimizadas, pois mandados judiciais de busca e apreensão são expedidos arbitrariamente, forçando as vítimas a serem abrigadas sem necessidade. Além disso, não há a oitiva específica das vítimas.

Na verdade, os operadores do Direito Juvenil não sabem exatamente o que fazer em cada etapa procedimental das confusas investigações judiciais, sendo que cada comarca e vara da Infância e Juventude no Brasil, mesmo com as leis federais vigentes, apresenta diversificadas peculiaridades na tramitação dos autos.

Por conta desses aspectos, fugindo-se do figurino constitucional e estatutário traçado, em vez de centrarem-se na defesa e proteção de direitos fundamentais de crianças e adolescentes – mesmo depois de longas discussões no Congresso Nacional –, a maior parte da atuação da justiça da Infância e Juventude ainda centra-se na

apuração da prática de atos infracionais pelos adolescentes e no abrigo forçado de crianças, mantendo-se o rigor punitivo do Código de Menores (FALBO, 1992, p. 54-92).

Na mesma linha, observa-se ainda que a União, os Estados e os Municípios não implantaram as políticas públicas setoriais de proteção integral. Os Conselhos de Direitos, nas respectivas esferas do sistema federativo, não deliberam com a necessária desenvoltura, pois nem sequer conhecem seu real papel. Os Conselhos Tutelares não cumprem a missão protetiva individualizada, uma vez que atuam em precárias condições de trabalho, agindo ora como Policiais, ora como Juizes de Direito, sendo evidente o desconhecimento das regras processuais e constitucionais elementares.

Como as omissões estatais são graves e demandam medidas urgentes, em vez de se concentrarem nas ações tipicamente jurisdicionais de proteção individual e coletiva, inadvertidamente muitos Juizes e Promotores de Justiça atuam como se fossem Secretários Municipais, psicólogos, assistentes sociais e pedagogos, esquecendo-se de que crianças e adolescentes são titulares de direitos e deveres que devem ser cobrados do Estado e das demais instituições, jamais o inverso, como tem ocorrido nesse sistema de justiça.

Assim, ainda sem o domínio da história e da legislação dos direitos infanto-juvenis, precárias condições de trabalho das varas da Infância e Juventude, ausência de políticas públicas sociais consistentes e excessiva quantidade de autos administrativos em tramitação, a redução das competências jurisdicionais constitui a natural solução dos graves problemas de funcionamento das varas da Infância e Juventude.

Vale dizer: escudados nesses problemas, que são graves e mereceriam desfecho diverso pelos combativos integrantes do sistema de justiça infanto-juvenil, em vez de sustentarem a aplicação do ECA nas varas especializadas da Infância e Juventude com a utilização das ações e do processo coletivo (SOUZA, 2008), terminam por delegar suas atribuições e competências jurisdicionais para as varas cíveis, de família e da Fazenda Pública, exatamente como ocorria sob a égide da revogada Lei n. 6.697/1979 (Código de Menores).

Nesse contexto aparentemente unânime, utilizam-se os seguintes fundamentos nos conflitos processuais para a defesa da competência das varas de Família, cíveis e Fazenda Pública. Primeiro, a competência da vara da Infância e Juventude somente deve ser utilizada nas situações de risco, nos termos do art. 98, I, II e III, do ECA. Segundo, o ECA fixou as competências da justiça infanto-juvenil nos arts. 148 e 149, separando-se as situações de risco das demais violações de direitos individuais e coletivos.

As decisões judiciais e os pareceres do MP utilizam a terminologia jurídica prevista no art. 23, § 2º, I, da Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), modificada pela Lei n. 12.435/11, que procura fixar os benefícios e vantagens da Lei de Assistência Social como direitos fundamentais de crianças e adolescentes em situação de risco social.

Paradoxalmente, utiliza-se a hipotética existência de direito fundamental de crianças e adolescentes à assistência social como critério definidor das competências da vara da Infância e Juventude e, sem que se perceba, mantém-se a vetusta divisão: crianças pobres merecem proteção nas varas da Infância e Juventude, ao passo que crianças ricas e com disputas patrimoniais em jogo devem ser julgadas nas demais varas, exatamente como fazia o Código Civil de 1916.

Portanto, apenas com base na história e na qualidade legislativa do sistema especializado de proteção, é possível defender que as varas da Infância e Juventude constituem o espaço jurisdicional mais adequado para a integral proteção dos direitos das crianças e adolescentes, independentemente da situação de risco social, e jamais as varas de Família, da Fazenda Pública, cíveis, mais preocupadas, respectivamente, com a proteção dos direitos dos casais, do patrimônio público e privado dos maiores de dezoito anos, além das questões formais do processo civil.

3.1. Aspectos introdutórios da competência

No plano técnico-jurídico, depois do reexame da história do sistema de defesa infanto-juvenil, mesmo sem estrutura adequada de

material e de pessoal, torna-se possível também promover a defesa da competência da vara da Infância e Juventude, aplicando-se as regras processuais especializadas, em detrimento da subsidiariedade do Código de Processo Civil de 1973.

Antes, no entanto, torna-se necessário recordar alguns fundamentos da tradicional temática relativa à jurisdição e competência (PIZZOL, 2003, p. 24), ambas de natureza eminentemente positiva e formal.

As lições preliminares do processo civil indicam que, após a proibição da justiça pelas próprias mãos, o Estado assumiu o dever de decidir os conflitos de interesses qualificados pela pretensão resistida, denominada lide, sendo a atividade específica do Poder Judiciário denominada jurisdição (CARNEIRO, 2009, p. 6).

Para o exercício das atividades jurisdicionais, dividiu as responsabilidades decisórias mediante critérios de competência. Trago, para clareza, a célebre frase “todos os Juízes possuem jurisdição, mas nem todos possuem competência”, que, em síntese, significa a possibilidade de, nos limites da lei, decidir os conflitos que lhes são apresentados dentro das regras do *due process of law* (CARNEIRO, 2009, p. 71).

Uma lição essencial merece ser recordada. Para saber qual Juiz de Direito julgará determinada matéria, pessoa ou fato, depois de definida a competência da justiça brasileira, deve-se partir sempre das competências do Supremo Tribunal Federal (STF), passando-se pelos Tribunais Superiores, Tribunais de Justiça, até os magistrados que atuam nas instâncias iniciais.

Existem junto aos Tribunais Superiores, incluindo o STF, duas espécies de competências: a originária e a recursal. A primeira refere-se às questões de alta complexidade e relativas ao julgamento de autoridades com foro privilegiado. A segunda decorre da possibilidade do exercício do direito ao recurso, em face do eventual inconformismo com as decisões judiciais.

Excluídas as competências originárias e recursais do STF, Tribunais Superiores, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, o segundo passo é verificar, no caso concreto, se a competência é federal ou estadual.

O art. 109 da CF traz de forma restritiva a competência dos Juízes Federais. Caso a temática não seja federal, a demanda será submetida à apreciação da Justiça Estadual. Ou seja, se as questões jurídicas levadas pelas partes ao Estado, através do magistrado, não demandarem atuação federal ou inexistir o concreto interesse federal, a competência será da Justiça Estadual (MENDES, 2010, p. 54).

Enfim, a Justiça Estadual possuirá competência residual, devendo ser provocada, pelo exercício do direito de ação, facultado às partes e ao próprio MP.

3.2. Competência residual da justiça especializada

Afastada a competência federal, no plano da justiça dos Estados-membros, objeto específico do texto em relação aos direitos individuais indisponíveis – acima das normas estaduais de organização judiciária – prepondera a justiça da Infância e Juventude, uma vez que a lei federal (ECA) possui natureza especial, grau hierárquico superior às normas de organização judiciária emanadas das Cortes Estaduais.

Como premissa, reforça-se o entendimento de que entre as leis estaduais e a lei federal (ECA, art. 209), fora dos limites relativos à autonomia dos entes da federação e, como regra de natureza processual, nos termos da CF, art. 22, I, prevalecem as normas processuais ditadas pela União.

Ora, ainda que aceita a lição doutrinária no sentido de que as leis de organização judiciária, por força do art. 125 da CF, devem dispor autonomamente sobre a temática específica (PIZZOL, 2003, p. 85) – competências das varas especializadas da Fazenda Pública, Família e cíveis –, ainda assim, a vara da Infância e Juventude exercerá natural atração pela qualidade dos titulares dos direitos infanto-juvenis defendidos, sendo genéricos os direitos civis, de família e patrimônio público.

A despeito da autonomia dos Estados-membros para legislar sobre a organização judiciária local, por força do art. 227 da CF, sob pena de inconstitucionalidade material, as regras estaduais relativas à competência das varas especializadas devem buscar a prioridade absoluta e a proteção integral dos novos direitos das crianças e adolescentes, submetendo-os à proteção das varas da Infância e Juventude, jamais o oposto, dada a flagrante inconstitucionalidade formal.

Na esfera legislativa processual da Infância e Juventude, a interpretação literal do art. 148, IV, c/c art. 201, V, ambos do ECA, leva à conclusão da competência infanto-juvenil, sendo que, diferentemente da majoritária jurisprudência mineira, não existe ressalva à situação de risco, com a largueza que lhe é emprestada pela leitura do parágrafo único do art. 148 do ECA.

No ponto, reforça-se que a existência da situação de risco de crianças e adolescentes não serve para tornar exclusiva a competência da Infância e Juventude, mas para robustecê-la, a fim de proteger os direitos de toda a população infanto-juvenil.

A *situação de risco* – expressão utilizada para explicitar as hipóteses do art. 98, I, II e III, do ECA – não serve como critério modificativo ou definidor de competência jurisdicional, mas para fixar os limites da atuação da rede de proteção integral. Dito de forma direta e objetiva: a delimitação fática da eventual situação de risco não constitui exclusivo critério delimitador da competência das varas de Família, cíveis e da Fazenda Pública, como se tem pautado a jurisprudência mineira.

Na realidade, utiliza-se a regra do parágrafo único do art. 148 do ECA para afirmar que somente será da competência da justiça especializada quando a criança ou o adolescente estiver em situação de risco. Por outro lado, fora das hipóteses do art. 98, I, II e III, do ECA, a competência seria da Fazenda Pública, da área cível ou da área de Família, propositadamente esquecendo-se do significado do advérbio *também*.

Trata-se de raciocínio que enfraquece a possibilidade de melhorar a atuação das varas da Infância e Juventude, com a chegada de novos valores profissionais e ao mesmo tempo privilegia os critérios de competência do vetusto Código de Menores, nos termos das ultrapassadas lições doutrinárias que merecem transcrição:

[...] melhor seria que o juiz de menores continuasse com as atribuições que lhes são próprias e que se limitam a tomar conhecimento das infrações praticadas por menores de 18 anos e seus incidentes, assim como resolver as questões relativas ao seu abandono – colocando-o em lar substituto através da guarda, tutela, adoção simples ou plena – não havendo necessidade de aumentar-lhe a competência para decidir ação de alimentos [...]. (NOGUEIRA, 1988, p. 163).

Assim, sempre que restar caracterizada a discussão relativa aos direitos e deveres individuais de crianças e de adolescentes, na esfera jurisdicional civil, independentemente da existência da situação de risco, deverá ser afastada a competência das varas de Família, cível e da Fazenda Pública estadual e municipal, uma vez que o legislador ordinário privilegiou a vara especializada da justiça da Infância e Juventude para a defesa de quaisquer direitos e interesses individuais de crianças e adolescentes.

Na verdade, *data venia*, da simples leitura dos milhares de acórdãos divulgados sobre o tema no sítio eletrônico da justiça mineira, nem sequer se consegue precisar a origem do termo, que não foi fixado pelo ECA, mas tão somente pela LOAS, a partir de 2003. A continuada utilização da expressão *menor*, da mesma forma, apenas fortalece os equívocos institucionais mantidos na instância superior. É que, enquanto a doutrina especializada utiliza os termos jurídicos *criança* e *adolescente*, os tribunais teimam em utilizar a expressão *menor*.

Apesar de mais de vinte anos de vigência da lei estatutária, existe pouco aprofundamento doutrinário sobre o ECA. De forma inadvertida, a jurisprudência mineira mantém a diferenciação de competência pelo critério pecuniário das partes – *menores de idade* –, dentro da combatida ideologia que tornava o Código Civil instrumento de

proteção de crianças ricas e, agora, o ECA, quando já foi o Código de Menores, instrumento legislativo de proteção da juventude pobre ou denominados *meninos de rua* (FALBO, 2002, p. 61).

Para finalizar, dito de forma dura, porém necessária: direitos de crianças pobres e ricas, negras ou brancas, saudáveis ou doentes merecem defesa e proteção, exclusivamente, nas varas da Infância e Juventude. A manutenção da predominante jurisprudência somente contribuirá para o enfraquecimento da proteção integral – prioritária e absoluta – uma vez que as demais varas lidam com temas díspares e nem sempre coincidentes com a defesa da população infanto-juvenil.

3.3. A necessária revisão jurisprudencial

Finalmente, passa-se à análise de algumas decisões em matérias similares emanadas do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (www.tjmg.jus.br), que seguem a folgada maioria dos demais Tribunais Estaduais, tomando-se como paradigma, dada sua completude, um interessante julgado, nos termos do voto vencido do relator (n. 1.0702.09.604703-1/001(1), Relator Edgard Penna Amorim, julgado em 24/02/01, comarca de Uberlândia).

Dentre os recursos estudados, três situações serão examinadas, visto que basicamente comuns no sentido da exclusão da competência da vara especializada da Infância e Juventude. As conclusões podem ser aplicadas às demais situações, sempre que restar caracterizado o conflito de competência entre essa vara as varas de Família, cível e da Fazenda Pública.

O primeiro grupo de recursos refere-se às ações de guarda, independentemente do polo ativo ou passivo das relações processuais, levando-se em consideração a presença de crianças ou adolescentes, uma vez que não figuram como partes processuais, ajuizadas nas varas de Família. Como fundamento jurídico do pedido principal, discute-se qual o melhor lugar de permanência ou convivência familiar das crianças e dos adolescentes. A discussão que permeia a tese central é: qual o melhor interesse da criança ou do adolescente? Ficar sob a guarda do pai ou da mãe?

Ora, sabendo-se que o direito individual é do filho ou da filha, ainda que tratado na lide como objeto de direito, à moda menorista, obviamente, não se discute direito paterno ou materno como principais, visto que ambos esgrimam como argumentos centrais os interesses infanto-juvenis, naturalmente a competência será da justiça especializada da Infância e Juventude, pois o interesse maior é dos filhos, e não dos pais – que são eminentemente acessórios na lide.

Na realidade, a discussão retrata um teimoso e secular dilema. Varas de Família para crianças e adolescentes ricos, que vivem com os pais e possuem bons advogados, *versus menores abandonados*, pobres, sem familiares e sem advogados. Melhor dizendo: Código Civil para os ricos e ECA para os pobres!

Em conclusão, examinando-se as ações de guarda e derivadas, quando se discute o direito do público infanto-juvenil, independentemente de qualquer exame sobre a existência da situação de risco, a competência deve ser das varas da Infância e Juventude, e não das varas de Família ou de Sucessões, pois preponderante é a defesa dos direitos individuais e indisponíveis das crianças e adolescentes – que deixaram de ser objetos para serem titulares de direitos na ordem jurídica nacional –, e não dos direitos dos casais.

O segundo grupo de ações judiciais e extrajudiciais refere-se ao direito constitucional à educação. O exemplo é o de adolescentes que, antes de atingirem a maioridade civil, passam no vestibular e, por não terem concluído o ensino médio, precisam se socorrer dos préstimos dos exames supletivos. Negada a respectiva vaga no ensino superior, acionam o Poder Judiciário numa das varas da Fazenda Pública, para garantir o direito à matrícula escolar.

Neste caso, discute-se o direito individual à educação do adolescente, que normalmente é assistido pelo pai, mãe ou representantes legais. O autor da ação é o adolescente, normalmente assistido pelos pais. No polo passivo encontra-se o agente público, que representa o Estado. Segundo a jurisprudência mineira dominante, da mesma forma que as ações de guarda que discutem direitos de crianças e adolescentes são julgadas nas varas de Família, as ações protetivas de direitos

individuais são julgadas nas varas da Fazenda Pública, pelo simples fato de o Estado figurar no polo passivo da demanda, contrariando-se literalmente a competência da justiça da Infância e Juventude.

Ora, a jurisprudência mineira não resiste à legislação estatutária. Nesse sentido, a ementa da decisão do Superior Tribunal de Justiça encontra-se na mesma linha dos argumentos defendidos neste trabalho:

Competência. Justiça da Infância e da Juventude. Ensino. Mandado de Segurança. Histórico escolar. O Juízo da Infância e da Juventude é competente para processar e julgar mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra ato de direção de escola privada que recusou o fornecimento de histórico escolar por causa da inadimplência do pai do aluno. Possibilidade de violação a direitos constitucionalmente assegurados. Recurso conhecido e provido. (RESP 67.647 - DJ de 25/3/96 - Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR).

A manutenção das demandas nas varas da Fazenda Pública é muito mais grave do que em relação às varas de Família e de Sucessões, porque as ações relativas aos direitos da Infância e Juventude serão julgadas por Juízes especializados em patrimônio público e improbidade administrativa. Certamente, em relação aos direitos infanto-juvenis, não será emprestado o necessário prestígio, rapidez e prioridade absoluta, já que a vara da Fazenda Pública possui especialização em temas patrimoniais, inclusive densas questões orçamentárias e patrimoniais públicas, não possuindo em seus quadros psicólogos e assistentes sociais para elaboração de laudos psicossociais nas respectivas varas de família.

Enfim, trata-se de rematado equívoco permitir ou estimular que a defesa dos direitos à educação, saúde, assistência psicossocial de crianças e adolescentes sejam submetidos à apreciação das daquelas varas, independentemente de o Estado figurar no polo ativo da relação processual, uma vez que estar-se-ia privilegiando os interesses da Fazenda Pública em detrimento dos direitos fundamentais da população infanto-juvenil, que goza de prioridade absoluta.

A terceira hipótese refere-se às ações de defesa do direito à saúde, tomando-se como exemplo a situação de crianças e adolescentes como vítimas das drogas. Naturalmente, a competência da vara da Fazenda Pública e cível é também defendida pelos membros do MP que atuam na qualidade de *curadores da saúde*.

Parece-me que, em relação às drogas, motivadoras de mais de 90% dos atos infracionais de furtos, roubos, homicídios etc, por si só já seria justificada a competência da Infância e Juventude. É que o Juiz de Direito que julgará o autor do ato infracional, se constatada a situação de risco, sem prejuízo das medidas socioeducativas a serem aplicadas, também determinará o cumprimento das medidas protetivas do art. 101, VI, por força do art. 112, VII, ambos do ECA, alternativa de difícil provimento aos Juízes das varas de Família e da Fazenda Pública, por estarem distantes da rede municipal de proteção integral.

Do mesmo modo, se o representante do MP que atua na vara da Infância e Juventude participa das audiências diárias onde se constata o nefasto efeito das drogas sobre a população infanto-juvenil, em detrimento da atuação do membro da instituição que cuida do direito à saúde de maiores de 18 anos, torna-se natural que busque a integral proteção dos direitos na vara da Infância e Juventude, e não o oposto das regras prioritárias do ECA, que, sabidamente, são mais eficazes no plano processual – já que são especiais – em relação às demais regras processuais civis.

A defesa da saúde de crianças e de adolescentes perante as varas da Infância e Juventude – independentemente do uso da situação de risco como critério definidor de competência – é, naturalmente, da justiça especializada infanto-juvenil. Isso porque a competência dessas varas é especial.

Deve-se lembrar inclusive que, mesmo a Fazenda Pública figurando no polo passivo da relação processual, a criança ou adolescente usuário de drogas, que necessita do respectivo tratamento médico e da proteção jurisdicional para a educação, por ação ou omissão da família, da sociedade ou do Estado, naturalmente estaria em

situação de risco, dado que demonstra e ao mesmo tempo reforça o equívoco daqueles que entendem ser a vara da Fazenda Pública competente para julgar ações cíveis de defesa do direito à saúde, à educação etc.

Assim, a competência da vara da Infância e Juventude constitui o natural desaguadouro da prioridade absoluta dos novos direitos infanto-juvenis, em relação à saúde, à educação, à assistência social etc.

Pelo estudo realizado na atual jurisprudência mineira, nos três grupos de ações e recursos enfocados, além da magistratura de primeira e segunda instância, com as naturais exceções, o próprio MP mineiro atuante na área infanto-juvenil, equivocadamente, *data venia*, tem defendido a exclusão da competência das varas da Infância e Juventude. Essa postura institucional é contraditória, pois se postulam melhorias para a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes nas varas da Infância e Juventude e, ao mesmo tempo, defende-se a exclusão de importantes matérias dessa esfera de atuação.

Enfim, a prática forense de proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, seja no âmbito do MP ou do Poder Judiciário, ainda encontra-se distante do cumprimento dos princípios da prioridade absoluta e da proteção integral. Prestigiar o retorno das competências da vara da Infância e Juventude constitui necessidade inadiável, sob pena de, em pouco tempo, a vara especializada permanecer apenas com as apurações da prática de atos infracionais, desequilibrando-se a paridade de defesa dos direitos infanto-juvenis, ripristinando jurisprudencialmente o revogado Código de Menores.

4. Conclusão

Os avanços institucionais são inegáveis e gratificantes. Os movimentos sociais pela construção da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente são alvissareiros paradigmas que merecem prestígio redobrado dos legisladores, dos administradores públicos e dos Juízes e Promotores de Justiça da primeira à última instância.

Importantes no século XX, o Código de Menores, que vigorou de 1979 até 1990, e os Juizados de Menores perderam-se no tempo, uma vez que adequados à época das institucionalizações de crianças pobres e abandonadas e à excessiva criminalização de questões marcadamente sociais. Não resistiram aos movimentos democráticos que culminaram com a promulgação da CF e do ECA.

O presente trabalho não hipoteca novas regulamentações legislativas, criação de órgãos públicos, aumento de despesas etc. Procurou-se tão somente demonstrar que os próprios integrantes do sistema de justiça, ao pugnarem pela exclusão das competências das varas da Infância e Juventude, perdem a histórica oportunidade de reforçar as defesas institucionais e exigir adequada estrutura administrativa e melhores quadros de profissionais realmente antenados com os novos direitos atuantes nessas varas.

Além da diminuição gradual das competências das varas de Família, cíveis e da Fazenda Pública, o retorno das competências das varas da Infância e Juventude, pela adequada leitura do art. 98, I, II e III, do ECA estimularia o natural aprimoramento da prestação da tutela jurisdicional especializada, em vez da exagerada atuação administrativa dos Juizes da Infância e Juventude, bem como estimularia a atuação do Conselho Tutelar, do Conselho Municipal de Direitos da Infância e Juventude e dos programas da rede municipal de proteção integral.

Nas atuais condições, com a impertinente massificação de feitos administrativos junto aos Juizes da Infância e Juventude, poucos membros da magistratura e do MP, abnegados e conhecedores da temática infanto-juvenil, arriscam-se a atuar nas varas da Infância e Juventude e, quando lotados nessas varas, por falta de condições mínimas e pelo trabalho estafante, com visitas trimestrais aos abrigos e demais instituições de acolhimento e instituições de cumprimento de medidas socioeducativas, participação em múltiplas e improdutivas reuniões diárias, repetitivas audiências de apresentação de adolescentes apreendidos, terminam defendendo a redução das competências jurisdicionais infanto-juvenis.

Enfim, torna-se fundamental que sejam mantidas as competências da justiça especializada. Paralelamente ao retorno das competências jurisdicionais cíveis das varas da Infância e Juventude nas questões relativas aos direitos individuais, certamente os Tribunais de Justiça e as Procuradorias-Gerais de Justiça serão pioneiros no sentido de criarem mais varas especializadas, lotadas com novos Promotores de Justiça e Juízes de Direito, fazendo com que a proteção da matéria seja realmente integral e prioritária, a partir das duas instâncias superiores.

5. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*: superação da *Summa Divisio* direito público e direito privado por uma nova *Summa Divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMADO, Jorge. *Capitães da areia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BITTENCOURT, Sávio. *A nova lei de adoção*: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FALBO, Ricardo Nery. *Natureza do conhecimento jurídico*: generalidade e especificidade no direito da criança e do adolescente. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Competência cível da justiça federal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994, vol. 4.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários ao Código de Menores*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003, vol. 55 da coleção Enrico Tullio Liebman.

RIZZINI, Irene. *O século perdido: raízes históricas das Políticas públicas para a infância no Brasil*. Rio de Janeiro: Petrobrás: BR; USU Ed. Universitária: Ministério da Cultura: Amais, 1997.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A efetividade dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Pillares, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Pillares, 2010.

Artigo recebido em: 06/07/2012

Artigo aprovado em: 08/10/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120029