

4.2 Ação mandamental e a tutela coletiva dos direitos da infância e juventude

Alessandro Carlos Rodrigues de Almeida Santa Gema

Ex-estagiário do Ministério Público de Minas Gerais

Advogado e aspirante ao cargo de Delegado da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais



O presente artigo tem como escopo uma visão geral sobre um instrumento pouco conhecido ou estudado pela doutrina, prevista no art. 212, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Ação Mandamental.

Tal ação vem inserida no capítulo atinente à proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos das crianças e adolescentes. Pouco utilizada,

na prática são raros os casos em que a jurisprudência relata sua utilização, em especial nos Estados de Minas Gerais, Bahia e Rio Grande do Sul.

A rara utilização da Ação Mandamental se deve à problemática envolvida com seu rito que, segundo o previsto em lei, será o rito do Mandado de Segurança. Sendo, portanto, regida pela lei do Mandado de Segurança, tal ação estaria subordinada às mesmas limitações do *Writ*, especialmente no que tange ao foro competente por prerrogativa de função, impossibilitando a utilização da Ação Mandamental em situações emergenciais, que, devido à importância dos direitos envolvidos, necessitaria de uma intervenção urgente no juízo de 1º grau, mais próximo dos fatos, garantindo o direito líquido e certo de crianças e adolescentes diante de ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

A grande questão envolvendo a Ação Mandamental é sua

aplicabilidade a casos concretos, já que para alguns doutrinadores tal ação se confundiria com o Mandado de Segurança, sendo, portanto, uma norma ociosa, em face do mandamento constitucional do art. 5º, LXIX, e da legislação específica, nucleada pela Lei 1.533/51, recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Para doutrinadores tais como José de Farias Tavares, em sua obra *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, “a finalidade da norma é a mesma que a do mandado de segurança. O objetivo é o mesmo: direito subjetivo líquido e certo ameaçado ou lesado por ato abusivo de autoridade pública.” Para o citado autor, a norma do art. 212, § 2º, do Estatuto da Infância e Juventude é, pois, ociosa.

Em *leading case* no Estado de Minas Gerais, o Ministério Público estadual submeteu à demanda judicial ação mandamental contra ato abusivo de secretário de estado, que teria determinado o fechamento de centro destinado à guarda de adolescentes apreendidos devido à prática de atos infracionais e que não possuíam qualquer responsável por eles. Conforme o entendimento ministerial, o secretário estadual teria violado direito líquido e certo dos adolescentes em situação de risco pessoal, pois seria dever do Estado aprensor entregar o adolescente infrator aos pais ou responsáveis em segurança, caso fosse desnecessário a internação e, no caso em tela, o Estado estaria simplesmente “despejando” os adolescentes na rua, ferindo seus direitos líquidos e certos.

Ajuizada a ação, o Estado contestou-a alegando que a Ação Mandamental é na verdade uma espécie de mandado de segurança com outro nome e, portanto, se submeteria às mesmas restrições. Alegou o Estado de Minas Gerais que a constituição

estadual, em seu art. 106, I, c, estabelece que a competência originária para processar e julgar mandado de segurança contra ato do secretário de estado é do Tribunal de Justiça, e como a Ação Mandamental não passa de um mandado de segurança, tal ação contra o secretário de estado não poderia ter sido ajuizada em 1º grau de jurisdição. Por fim, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais extinguiu a ação sem julgamento do mérito por ilegitimidade passiva.

Com a devida vênia, o entendimento do tribunal e de alguns doutrinadores está equivocado, em face dos princípios da especialidade, primazia dos interesses referentes à criança e ao adolescente e, sobretudo, o brocado jurídico que diz que “a lei não contém palavras inúteis”.

Inicialmente, devemos lembrar o disposto no art. 227, da Constituição Federal, de que o Estado atenderá, com absoluta prioridade, crianças e adolescentes, colocando-os a salvo de toda forma de negligência.

O aparente conflito entre o disposto nas normas constitucionais, no âmbito federal e estadual, em relação ao disposto na lei 8.069/90 (Estatuto da Criança do Adolescente) deverá ser resolvido conforme a utilização de princípios e regras de interpretação das normas constitucionais, além das regras de hermenêutica presentes no Decreto Lei 4.657/42, Lei de Introdução do Código Civil.

Conforme Canotilho, citado por Alexandre de Moraes (2006), na obra *Direito Constitucional*, o mestre português enumera como regra interpretativa a concordância prática ou da harmonização. Nessa regra interpretativa exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros. Também é citada a regra da máxima efetividade ou da eficiência, em que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda.

Alexandre de Moraes também cita em sua obra as regras propostas por Jorge Miranda, em especial as seguintes:

A contradição de princípios deve ser superada, ou por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios;

Deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade.

Analisando a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, depara-se com um aparente conflito de normas no que se refere às normas constitucionais federais e estaduais sobre o mandado de segurança e as iniciativas que garantam os direitos básicos de proteção integral às crianças e adolescentes e as medidas assecuratórias de tais direitos, entre elas a ação mandamental, pois de nada adianta alguém ter direitos se não tiver, também, os instrumentos para assegurar esses direitos.

No *leading case* do Estado de Minas Gerais, o tribunal de justiça local decidiu que a ação mandamental e mandado de segurança são idênticas e portanto se regem pelo princípio da hierarquia, tendo a Constituição Estadual, no art. 106, I, c, determinada a competência em tais situações ao Tribunal de Justiça. Data vênia não é correta tal interpretação senão vejamos. O Estatuto da Criança e do Adolescente veio substituir o antigo Código Menorista e também para regulamentar os preceitos

contidos no art. 227, da Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 adotou quanto à criança e ao adolescente a doutrina da proteção integral. Conforme os mecanismos ora citados de integração da constituição, deverá ser observado que, quanto aos instrumentos que regulam e garantem os direitos líquidos e certos, referentes às crianças e adolescentes, possuem prevalência sobre todos os demais, já que regulam direitos referentes à personalidade, possuindo prevalência sobre normas processuais. Apesar de a ação mandamental prevista no ECA se submeter ao rito processual do mandado de segurança (este previsto constitucionalmente), não se submete às suas limitações, haja vista que tutela direitos indisponíveis de crianças e adolescentes e é norma especial em relação ao *writ* constitucional.

Nesse aspecto, quanto à especialidade da Ação Mandamental em relação ao Mandado de Segurança, atentaremos para as normas contidas na Lei de Introdução ao Código Civil.

Segundo José Jairo Gomes, em sua obra *Lei de Introdução ao Código Civil em perspectiva*, o Decreto Lei 4.657/42 constitui um corpo de regras que disciplina a aplicação e a interpretação de normas jurídicas, sendo, portanto, de natureza metanorma, isto é, norma sobre norma.

Para o autor, quando houver antinomia normativa, que vem a ser a incompatibilidade existente entre os conteúdos de normas que disciplinam a mesma matéria sobre determinado fato, haverá três critérios para aferir qual a norma que será aplicada ao caso concreto. O citado autor apresenta como critérios de solução de antinomia os seguintes: Critério Hierárquico (*lex superior derogat inferiori*), Critério Cronológico (*lex posterior revogat priori*) e Critério da Especialidade (*lex speciali revogat generali*). No âmbito de análise da Ação Mandamental e sua relação com o Mandado de Segurança, o critério que melhor poderá ser utilizado para solucionar o aparente conflito de normas é o critério da especialidade.

O Mandado de Segurança, previsto no art. 5º, LXIX, é o instrumento útil para a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público. O rito procedimental do *Writ* constitucional vem previsto na Lei 1.533/51. Em alguns artigos constitucionais, especialmente os que versam sobre a competência dos tribunais superiores, são estabelecidas regras de definição de competência do Mandado de Segurança.

A Ação Mandamental vem prevista no art. 212, § 2º, do ECA, e também tem como função a proteção de direitos líquidos e certos de crianças e adolescentes, em face de abuso de poder ou ilegalidade praticadas por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do poder público. Conforme o citado artigo, a Ação Mandamental se regerá pelo rito do Mandado de Segurança.

Conforme o exposto, apesar de a Ação Mandamental e o Mandado de Segurança tutelarem o mesmo objeto e possuírem o mesmo procedimento, os destinatários de ambos são diversos. O Mandado de Segurança visa a resguardar direitos de qualquer pessoa em face de abuso ou ilegalidade praticados pelo poder público ou particular que esteja atuando como aquele. Já a Ação Mandamental visa a proteger tão-somente os direitos das crianças

e adolescentes contra as mesmas pessoas referidas no Mandado de Segurança.

Considerando o critério especialidade para a solução da antinomia, a Ação Mandamental, por ser uma regra que visa a proteger especialmente os direitos líquidos e certos de crianças e adolescentes, que segundo o art. 227, da Constituição Federal, gozam de absoluta prioridade, possui prevalência sobre as regras limitativas do Mandado de Segurança. Deve-se utilizar o rito do *writ*, mas não se sujeitando às suas limitações, caso contrário a letra do art. 212, § 2º, do ECA seria lei morta, contrariando o brocardo jurídico de que não existem palavras inúteis na Lei.

Seguindo os ensinamentos de José Jairo Gomes, o autor elenca a hipótese de haver conflito entre os critérios hierárquico e o da especialidade e aduz: “nesta hipótese, um ou outro critério poderá prevalecer dependendo das circunstâncias que se apresentarem. Em princípio, deve predominar o hierárquico, pois

a primazia é sempre da norma superior. Entretanto, em caráter excepcional, determinadas circunstâncias podem apontar para a incidência da norma inferior, justo por ser especial, por atender mais de perto ao fato debatido.”

Vale ressaltar que como gozam da doutrina da primazia absoluta, estabelecida em dispositivo constitucional, regras processuais não podem obstar da efetivação e utilização de mecanismos que garantam a efetividade de medidas de proteção imediata, prioritária e especial das crianças e adolescentes.

Em conclusão, apesar de a Ação Mandamental tutelar os mesmos objetos jurídicos do Mandado de Segurança, além de possuir o mesmo rito, aquela ação não se sujeita aos mesmos limites que esta, haja vista que a Ação Mandamental, pelo critério da Especialidade, é especial em relação ao Mandado de Segurança, além de tutelar direitos garantidos constitucionalmente pelo princípio da absoluta primazia.

Referências Bibliográficas

- TAVARES, José de Farias Tavares. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 5ª edição, São Paulo: Forense, 2006.
MORAES, Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*, 13ª edição, São Paulo: Atlas, 2006.
GOMES, José Jairo Gomes, *Lei de Introdução ao Código Civil em Perspectiva*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.