PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
Processo nº 2014/124306

508/2014-J

CGJ

00009214

REPRESENTAÇÃO FORMULADA POR ASSOCIAÇÃO DE ASSITENTES SOCIAIS E PSICOLÓGOS EM FACE DO MM. JUIZ CORREGEDOR PERMANENTE DO SETOR TÉNICO DE BAURU. Ordem de Serviço que autoriza advogados, defensores e promotores de justiça a acompanharem as diligências realizadas pelos técnicos daquele Setor e a registrá-las por qualquer meio de prova. A legitimação restrita, pontual e determinada encontrada no Estatuto da Criança e do Adolescente não autoriza criação de deveres e direitos no tocante ao processo de forma abstrata e genérica. Matéria que abrangida pela reserva legal. Parecer no sentido de sugerir a revogação da ordem de serviço, comunicando-se à representante e ao MM. Juiz de Direito, com cópia do referido parecer.

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça,

Trata-se de representação em face do MM. Juízo da Infância e da Juventude da Comarca de Bauru, formulada pela Associação dos Assistentes Sociais e Psicólogos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - AASPTJ-SP (fls. 02/47), em razão da ordem serviço nº 01/2014 que autoriza advogados, defensores e promotores de justiça a acompanharem as diligências efetuadas pelo Setor Técnico daquela Comarca.

Solicitadas informações, o MM. Juiz Corregedor Permanente do Setor Técnico se manifestou a fls. 60/64.

É o relatório.

67

OPINO.

Salvo entendimento diverso de Vossa Excelência, é hipótese de revogação da ordem de serviço objeto da representação pelos motivos abaixo expostos.

A função precípua do magistrado é editar normas individuais, como ensinava HART, para o caso concreto, restando ao legislador o poder de editá-las em caráter geral e abstrato. Em verdade, o pensamento hartiano é mais complexo porque, para HART, o ordenamento jurídico seria formado por um conjunto de regras primárias e por três modalidades de regras secundárias, regras de reconhecimento, regras de modificação e regras de adjudicação. As primeiras seriam a norma kelseniana, prescrevendo conduta, mas ela somente torna eficaz (*rectius*, passa do abstrato para o concreto) quando o juiz, utilizando as normas secundárias, diz o direito para a parte, ou seja, exerce a jurisdição.

Nem sempre o magistrado repousa em sossego da certeza que a norma em abstrato aparentemente impõe. Enquanto para alguns o julgador sempre cria uma norma, para outros, ele somente a aplica, sem poder nenhum de criação. Precisa análise disso podemos encontrar em artigo da Professora SHEILA STOLZ[1], cujo trecho ousamos transcrever:

> De acordo com Hart, a indeterminação é uma característica de todo intento de guiar a conduta humana mediante normas

[1] *Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart* in Rev. Direito GV, v.3, n.1, 2007, pp.111-112

68

gerais formuladas lingüisticamente e a ela não escapa o Direito. Conseqüentemente, a teoria do Direito não pode ser contemplada como se estivesse imersa entre duas concepções igualmente inaceitáveis do Direito: entre o realismo e o ceticismo operante as normas, tal como a teoria jurídica estadunidense assediada por dois extremos

"o Pesadelo e o Nobre Sonho, ou seja, o ponto de vista de que os juízes sempre criam e nunca encontram o Direito que impõem às partes no processo e, o ponto de vista oposto, segundo o qual os juízes nunca criam Direito. Como outros pesadelos e outros sonhos, os dois são, em minha opinião, ilusões, ainda que tenham muitas coisas a ensinar aos juristas em suas horas de Vigia. A verdade, talvez trivial, é que às vezes os juízes fazem uma coisa e outras vezes outra. Que fazem, quando, e como fazem, não é obviamente uma questão indiferente, mas sim de grande importância" (Hart, 1983, p. 144).

Para Hart, sua teoria é uma teoria das horas de vigia, em que a interpretação do Direito não apresenta excessivos problemas, pois está fundamentada na obviedade da linguagem jurídica encontrada nas normas, convenções e práticas que constituem a linguagem natural ou comum de uma sociedade. Mas também é correto afirmar que, em alguns momentos, surgirão dúvidas na aplicação do Direito em razão da textura aberta das expressões que utiliza e, nestes casos, **é inevitável que em algumas decisões – a fim de dar uma resposta concreta a um caso determinado – os juízes atuem com discricionariedade (que não equivale a uma eleição arbitraria). Não obstante este momento de abertura do Direito, a certeza jurídica se vê pouco afetada, pois a**

69

> **discricionariedade judicial é limitada e intersticial.** (grifo nosso)

Esse poder criador sempre existirá, mas deve ser, no ponto de vista deste subscritor, circunscrito pela legitimação. Em regra, o legislador não permite que outrem possa produzir normas, mas, quando o faz, legitima determinada pessoa e em relação a uma matéria específica. Qualquer outra legitimação ampla e abstrata seria inconstitucional, uma vez que é a Constituição Federal a norma legitimadora do poder legiferante dos membros do Legislativo.

Um exemplo de legitimação restrita, pontual e determinada se encontra no Estatuto da Criança e do Adolescente. A leitura atenta do ECA permite concluir que, pelo exposto no art. 149, *caput*, o juiz pode disciplinar certas situações, mas sem emitir autorizações ou proibições de ordem genéricas. Nesse sentido, tem-se:

> ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. PORTARIA EDITADA POR JUÍZO DA COMARCA. RESTRIÇÃO DO DIREITO DE PERMANÊNCIA E LOCOMOÇÃO DE MENORES DESACOMPANHADOS DOS PAIS OU RESPONSÁVEL LEGAL EM RUAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS. NORMA DE CARÁTER GENÉRICO, ABSTRATA E SEM FUNDAMENTAÇÃO. ART. 149 DO ECA. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. O entendimento firmado em ambas Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte Superior é no sentido de que **"é preciso delimitar o poder normativo da autoridade judiciária estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em cotejo com a competência do Poder Legislativo sobre a matéria"** (HC 207.720/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJ de 23/2/12).

2. "Nos termos do art. 149 do ECA (Lei n. 8.069/1990), a autoridade judiciária pode disciplinar, por portaria, a entrada e permanência de criança ou adolescente desacompanhados dos pais ou responsáveis nos locais e eventos discriminados no inciso I, **devendo essas medidas ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral, ex vi do § 2°"** (REsp 1.292.143/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe de 21/6/12).

3. Na caso em exame, a Portaria 17/04-DF que instituiu horário máximo de permanência de menores desacompanhados dos pais ou responsável legal nas ruas da Comarca de Itaporã/MS é de caráter geral, abstrata e sem nenhuma fundamentação de sua necessidade, razão pela qual não deve subsistir, por ofensa ao art. 149 do ECA.

4. Ordem concedida para declarar a ilegalidade da Portaria 017/2004-DF, de 5/5/04, editada pelo Juízo da Única Vara da Comarca de Itaporã/MS.

HC 251.225/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 22/11/2012. (grifo nosso)

Além de o poder normatizador, seja previsto no ECA, seja no CPC, há a função administrativa disciplinar, que conhecemos como Corregedoria Permanente, que o magistrado detém em relação aos funcionários da unidade judiciária, inclusive os setores técnicos de psicologia e serviço social.

O magistrado, no exercício desse poder, para otimizar fluxo de trabalho, pode estabelecer uma ordem nos serviços judiciários, mas sem vincular terceiros, inclusive as partes. Quando os efeitos ultrapassarem o mero

71

âmbito administrativo, pode-se editar portarias, mas desde que respeite o princípio da reserva legal, uma vez que a matéria processual necessariamente deve estar prevista em lei, corolário necessário do *due process of Law*, motivo pelo qual as portarias devem necessariamente passar pelo crivo da Corregedoria Geral da Justiça.

Nem sempre é possível distinguir com precisão matéria atinente à ordem de serviço e à portaria, mesmo porque, outrora, quando não havia Direito Processual Civil, normas processuais eram conhecidas como ordem dos feitos, uma vez que se tratava de mera divisão de trabalho interno. Todavia, no caso concreto, com todo respeito ao MM Juiz de Direito, criar deveres e direitos no tocante ao processo de forma abstrata e genérica é matéria que abrangida pela reserva legal.

Sendo a matéria processual, evidentemente que foge da esfera tanto do Corregedor Permanente, quanto do Corregedor Geral, em editar normas que estão no âmbito da reserva legal.

Dessa forma, a conclusão que se pode obter é que questões em relação ao trabalho pericial dos técnicos de psicologia e serviço social devem ser tratadas no processo, não havendo legitimidade ao Poder Judiciário regulamentar de forma genérica e abstrata. Na normatização individual, isto é, no processo, é dever do magistrado trazer a devida fundamentação para o caso concreto, vedada a de natureza genérica, sob pena de criar indevidamente norma processual. É nessa norma em que serão sopesados os diversos direitos em jogo, como a proteção da intimidade da criança, o dever de sigilo dos técnicos, o direito da parte

72

se defender, etc, podendo eventualmente ser revisada pela C. Câmara Especial.

Diante do exposto, o parecer que se submete, respeitosamente, à elevada apreciação de Vossa Excelência é no sentido de sugerir a revogação da Ordem de Serviço nº 01/2014, editada pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Setor Técnico da Comarca de Bauru, comunicando-se à representante e ao MM. Juiz de Direito, com cópia do referido parecer.

Sub censura.

São Paulo, 8 de outubro de 2014.

PAULO ROBERTO FADIGAS CÉSAR

Juiz Assessor da Corregedoria

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
Processo nº 2014/124306

#3

CONCLUSÃO

Em 10 de outubro de 2014, faço estes autos conclusos ao Desembargador **HAMILTON ELLIOT AKEL**, DD. Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo. Eu, _____ (Natali-), Escrevente Técnico Judiciário do GATJ 3, subscrevi.

Proc. nº 2014/124306

Aprovo o parecer do MM. Juiz Assessor da Corregedoria e, por seus fundamentos, que adoto, determino a REVOGAÇÃO da Ordem de Serviço Ordem de Serviço nº 01/2014, editada pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Setor Técnico da Comarca de Bauru, comunicando-se à representante e ao MM. Juiz de Direito, com cópia do referido parecer.

São Paulo, 10 de outubro de 2014.

HAMILTON ELLIOT AKEL
Corregedor Geral da Justiça