



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 570728 - SP (2020/0080040-2)

RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
IMPETRANTE : JOSE GILDASIO PEREIRA
ADVOGADO : JOSE GILDASIO PEREIRA - SP321942
IMPETRADO : JUIZ DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE, PROTETIVA E CÍVEL DE CAMPINAS - SP
PACIENTE : D B

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. AÇÃO DE GUARDA. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. INVIABILIDADE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE MENOR DE TENRA IDADE. APARENTE ADOÇÃO À BRASILEIRA E INDÍCIOS DE BURLA AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. ILEGALIDADE. PRIMAZIA DO ACOLHIMENTO FAMILIAR. AUSÊNCIA DE RISCO À INTEGRIDADE FÍSICA OU PSÍQUICA DO INFANTE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE E DE PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PERIGO DE CONTÁGIO PELO CORONAVÍRUS (COVID-19).

- 1. Controvérsia a respeito do acolhimento institucional de criança supostamente entregue à adoção 'intuitu personae'.*
- 2. Hipótese em que o menor foi retirado do ambiente familiar quando contava com aproximadamente dois meses de idade, com fundamento na burla ao Cadastro Nacional de Adoção.*
- 3. Inexistência, nos autos, de indícios que desabonem o ambiente familiar em que a criança se encontra atualmente.*
- 4. Nos termos do art. 34, § 1º, do ECA, "a inclusão da criança ou*

adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei".

5. Primazia do acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional, com a preservação de vínculos afetivos estabelecidos durante significativo período. Precedentes desta Corte Superior.

6. O risco real de contaminação pelo coronavírus (Covid-19) em casa de abrigo justifica a manutenção de criança de tenra idade (atualmente com um ano) com a família substituta.

7. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder de ofício a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de fevereiro de 2021.

Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 570728 - SP (2020/0080040-2)

RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
IMPETRANTE : JOSE GILDASIO PEREIRA
ADVOGADO : JOSE GILDASIO PEREIRA - SP321942
IMPETRADO : JUIZ DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE, PROTETIVA E CÍVEL DE CAMPINAS - SP
PACIENTE : D B

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. AÇÃO DE GUARDA. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. INVIABILIDADE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE MENOR DE TENRA IDADE. APARENTE ADOÇÃO À BRASILEIRA E INDÍCIOS DE BURLA AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. ILEGALIDADE. PRIMAZIA DO ACOLHIMENTO FAMILIAR. AUSÊNCIA DE RISCO À INTEGRIDADE FÍSICA OU PSÍQUICA DO INFANTE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE E DE PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PERIGO DE CONTÁGIO PELO CORONAVÍRUS (COVID-19).

- 1. Controvérsia a respeito do acolhimento institucional de criança supostamente entregue à adoção 'intuitu personae'.*
- 2. Hipótese em que o menor foi retirado do ambiente familiar quando contava com aproximadamente dois meses de idade, com fundamento na burla ao Cadastro Nacional de Adoção.*
- 3. Inexistência, nos autos, de indícios que desabonem o ambiente familiar em que a criança se encontra atualmente.*
- 4. Nos termos do art. 34, § 1º, do ECA, "a inclusão da criança ou*

adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei".

5. Primazia do acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional, com a preservação de vínculos afetivos estabelecidos durante significativo período. Precedentes desta Corte Superior.

6. O risco real de contaminação pelo coronavírus (Covid-19) em casa de abrigo justifica a manutenção de criança de tenra idade (atualmente com um ano) com a família substituta.

7. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por JOSÉ GILDASIO PEREIRA em favor de D B contra decisão proferida pelo juízo da Vara da Infância e da Juventude, Protetiva e Cível da Comarca de Campinas/SP que, em ação de regulamentação de guarda, determinou o imediato acolhimento institucional do menor impúbere.

Em suas razões, o impetrante sustenta que (a) V A V e sua cônjuge, E V M V, propuseram ação de guarda do menor D B, pois a genitora, G B, viu-se "*impossibilitada de exercer os cuidados de seu filho*", entregando-o, de forma direta e espontânea, aos cuidados do casal; (b) nos autos da citada ação, o juízo de 1º grau indeferiu o pedido liminar de guarda provisória e, por entender que o menor poderia estar em situação de risco, determinou a remessa dos autos à autoridade coatora; (c) interposto agravo de instrumento contra essa decisão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal; (d) nesse ínterim, recebidos os autos, o juízo de 1º grau, além de indeferir o pedido de guarda provisória, julgou de plano a ação e, apesar do estado de

calamidade decretado no país decorrente da pandemia da COVID-19, determinou a entrega imediata da criança ao abrigo denominado Casa de Passagem Maria do Nazaré Casa Betel, contrariando, frontalmente, o melhor interesse da criança; (e) cientes dos riscos à saúde do menor, visando protegê-lo dos perigos advindos da doença, os atuais guardiões não viram outra alternativa a não ser requerer perante o Superior Tribunal de Justiça a manutenção da guarda provisória; (f) os guardiões são pessoas idôneas e capazes de prover a segurança e o sustento do menor; (g) o Superior Tribunal de Justiça, bem como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em processos semelhantes, têm concedido a guarda definitiva, ou até mesmo a adoção, aos guardiões que já possuem a guarda de fato de menores, evitando-se, assim, o seu acolhimento a um abrigo, exceto quando há maus tratos, o que não é o caso; (h) diferentemente do que afirmou a autoridade coatora, não se pretende violar o Cadastro Nacional de Adoção; (i) *"os fatos narrados não se enquadraram naquilo que popularmente se chamam de 'adoção a brasileira', pois a criança em questão foi registrada pela mãe biológica no seu próprio nome e não em nome do impetrante, que apenas detém a guarda de fato do Infante sob consentimento da mãe biológica"*.

Ao final, requer a concessão de tutela provisória de urgência e a concessão da ordem para (a) revogar *"o mandado de entrega do infante para o abrigo Passagem Maria de Nazaré Casa Betel"*, (b) ordenar *"a entrega do menor e sua guarda de direito e de fato para o impetrante"* V A V e sua esposa E V M V.

Em decisão de e-STJ Fls. 75-77, foi deferido o pedido liminar para suspender a determinação de acolhimento do paciente D B, até ulterior decisão exauriente.

Solicitadas as informações, a autoridade coatora esclareceu que

determinara o imediato afastamento da criança do convívio dos guardiões de fato, a fim de que fosse encaminhado ao serviço de acolhimento familiar Conviver, tendo em vista que (a) os autores estavam habilitados no cadastro de adoção daquela Comarca e (b) já havia ocorrido *"um episódio em que os requerentes tiveram uma tentativa de adoção intuito personae (ou adoção a brasileira, como chamado pelo MM Juízo da Vila Mimosa) de uma criança, naquela época, recém-nascida, sendo advertidos de que deveriam seguir os procedimentos da adoção legal"* (e-STJ Fls. 79-81).

Às e-STJ Fls. 86-91, a Casa de Passagem Maria do Nazaré - Casa Betel informou que a determinação de entrega do menor à instituição se justificou à época, porque o serviço denominado *"Família Acolhedora Conviver"* encontrava-se suspenso, em decorrência da pandemia, ou seja, a criança seria recebida e, posteriormente, transferida ao serviço de acolhimento familiar.

O Desembargador Natan Zelinschi de Arruda, relator do pré-citado agravo de instrumento, reiterou que, em juízo de cognição sumária, permaneciam os fundamentos que ensejaram o indeferimento do pedido de antecipação da tutela recursal, *"porquanto restou evidenciada a pretensão de colocação da criança em família substituta, uma vez que os requerentes não têm vínculo de parentesco com o infante, tampouco com a requerida, por conseguinte, era mesmo o caso de reconhecer a competência da Vara de Infância e Juventude para a solução da controvérsia"*.

Afirmou, ainda, que *"salvo melhor juízo, deve ser prestigiada a cautela da magistrada de primeira instância, cujas decisões visam proteger os interesses do menor, que possui dois meses de vida, estando em risco, posto que afastado da*

família biológica e entregue ao casal recorrente sem qualquer observância do cadastro nacional de adoção ou regularidade formal para exercício da guarda " (e-STJ Fls. 99-102).

Em parecer, o Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem, pois (a) a jurisprudência do STJ entende que não configura interesse do menor o seu acolhimento temporário em abrigo, quando possui lar que não o coloque em risco à sua integridade física e psíquica e (b) "*destacando-se o despêndio dos impetrantes em oferecer bons cuidados ao ora paciente desde o seu nascimento, inclusive buscando a regularização da guarda legal do menor, e o interesse do menor, deve ser mantida a guarda provisória em favor dos impetrantes*" (e-STJ Fls. 104-107).

Em petição de e-STJ Fls. 110-154 e 158-228, o impetrante (a) informa que o paciente D B goza de perfeito estado de saúde e vem recebendo os devidos cuidados e proteção da família guardiã provisória e (b) requer a juntada de prontuários médicos, fotos e cópia do laudo psicológico juntado nos autos de origem.

É o relatório.

VOTO

Eminentes colegas. A ordem de *habeas corpus* deve ser concedida.

A controvérsia diz respeito ao acolhimento institucional do paciente, nascido em 17/1/2020, que, à época dos fatos, possuía pouco mais de 2 (dois) meses de idade, em razão de indícios de burla ao cadastro de adoção.

Preliminarmente, devem ser afastados os óbices que, ordinariamente, não permitiriam o conhecimento do presente *writ*, notadamente a sua impetração como

sucedâneo ou substitutivo de recurso cabível e em clara supressão de instância.

Em situações excepcionais, sobretudo quando verificada a existência de decisão manifestamente ilegal ou teratológica, bem como para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, admite-se a concessão da ordem de ofício, como vem reiteradamente decidindo esta Corte.

In casu, vislumbro a existência de ilegalidade na determinação judicial de acolhimento institucional do paciente, cuja manutenção tem o potencial de acarretar dano grave e irreparável à sua integridade física e psicológica, especialmente em face da pandemia do Covid-19.

Assim, também em prestígio ao princípio da supremacia do melhor interesse da criança, entendo necessária a superação de qualquer aspecto formal para o conhecimento da presente impetração e a confirmação da liminar deferida.

Além disso, ressalto que esta Corte, mais recentemente, tem excepcionado o entendimento, até então prevalente, no sentido de que, na estreita via do *habeas corpus*, não seria possível discutir questões relativas à guarda ou adoção de crianças e adolescentes (RHC 24.086/SC, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, Quarta Turma, DJe 02/03/2009).

A análise do *writ*, entretanto, limitar-se-á a legalidade da ordem de acolhimento institucional do menor, mediante a análise da proporcionalidade da decisão judicial, ponderando-se a sua necessidade e utilidade.

Para melhor compreensão do contexto fático que ensejou a presente impetração, faço os seguintes acréscimos:

i) colhe-se dos autos que V A V (51 anos de idade) e sua cônjuge, E V M V (44 anos de idade), propuseram "ação de regulamentação de guarda" do menor D

B, pois a genitora, G B (32 anos de idade), viu-se *"impossibilitada de exercer os cuidados de seu filho"*, inclusive por não possuir parentes próximos;

ii) a entrega do menor, à época com 17 (dezessete) dias de vida, ocorreu de forma direta e espontânea pela genitora e não consta da certidão de nascimento filiação paterna;

iii) de acordo com os documentos apresentados, o casal possui capacidade de prover o sustento no menor;

iv) o juízo da 4ª Vara da Comarca de Campinas/SP, nos autos da ação de *"regulamentação de guarda"*, por entender *"evidente que se pretende a colocação da criança em família substituta, já que os autores não tem qualquer grau de parentesco com a requerida ou a criança, além da afirmação de que a mãe do bebê não está na guarda de fato do mesmo há muito tempo, entendendo que a criança está em situação de risco, já que afastada da sua família biológica e entregue para casal diretamente"*, declinou de sua competência e determinou a remessa dos autos ao juízo da Vara da Infância e Juventude;

v) contra essa decisão, foi interposto agravo de instrumento e não há notícias acerca do encerramento do julgamento do mérito. Em sede liminar, o pedido de antecipação da tutela recursal foi indeferido;

vi) recebidos os autos, o juízo da Vara da Infância e da Juventude, Protetiva e Cível da Comarca de Campinas/SP, determinou a entrega do menor à instituição Casa de Passagem Maria do Nazaré Casa Betel, sob a seguinte fundamentação:

Embora o casal requerente declare que intenção de apenas obter e permanecer com a guarda da criança, tal não se depreende do conjunto probatório.

Verifica-se a inexistência de parentesco entre eles. Também não se pode falar em vínculo afetivo do menor para com os autores, uma vez que está na

companhia destes a menos de 2 (dois) meses (declaração da genitora data de 29/01/2020), tempo insuficiente para criação de laços por parte do infante.

Nada indica que a requerente conheça a família da genitora, tal como alegado.

A genitora não se considera apta para promover a assistência e o sustento necessários à criança; a entrega foi realizada de forma irregular, uma vez que, frise-se, a guarda não está sendo pleiteada por familiar, mas por terceiras pessoas; conforme já exposto, verifica-se nítida intenção da genitora de não manter contato com o filho nem deste com seus familiares; o casal está no cadastro para adoção e já vivenciaram tentativa anterior de entrega direta, sendo certa a intenção de futura adoção.

Todas estas circunstâncias, impossibilitam a concessão da guarda provisória ou definitiva, eis que contrária aos princípios estabelecidos no art. 227 da Constituição Federal e na Lei nº. 12.010/09 (Lei da Adoção), ficando indeferido esse pedido.

Frise-se, os requerentes possuem habilitação para adoção em trâmite por este Juízo. Deve-se observar, com bastante critério, o cadastro de adoção.

Diante da situação fática, não há que se compactuar com a entrega direta, embora intitulada a ação como mera regularização de guarda.

(...)

Desta forma, considerando-se que a genitora já declarou, de próprio punho, não estar apta a ofertar os cuidados necessários ao seu filho, entregando-o a terceiros com poucos dias de vida, o acolhimento institucional se faz necessário; como dito, o casal não se mostra adequado, visto que adotou métodos irregulares para a obtenção do menor, não respeitou a lei e utilizou de meios próprios para atingir seu intento, mesmo após advertência deste Juízo.

viii) daí a impetração do presente *habeas corpus*, cuja liminar foi deferida nos seguintes termos:

Consoante relatado, o presente habeas corpus foi impetrado contra decisão proferida pelo juízo da Vara da Infância e da Juventude, Protetiva e Cível da Comarca de Campinas/SP, que, em 27/3/2020, determinou "o imediato afastamento da criança do convívio dos requerentes e da genitora para que seja realizado seu acolhimento institucional, como medida de proteção, no serviço de acolhimento familiar Conviver" (e-STJ Fl. 55).

Colhe-se dos autos, ainda, que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao processar o agravo de instrumento interposto contra decisão anterior que indeferira o pedido liminar de guarda provisória, houve por bem não antecipar os efeitos da tutela recursal, por entender ausentes ilegalidade

flagrante ou teratologia jurídica (e-STJ Fl. 64).

Inicialmente, cabe ressaltar que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não se admite a impetração de habeas corpus como sucedâneo ou substitutivo de recurso cabível.

Além disso, está consolidado o entendimento no Superior Tribunal de Justiça que, em se tratando de questão atinente à guarda/adoção de menor – afeta, portanto, ao Direito de Família, costumando exigir, como tal, ampla dilação probatória –, é inadequada a utilização de habeas corpus para defesa dos interesses do infante.

Não obstante tais entendimentos, existe, excepcionalmente, a possibilidade de concessão da ordem de ofício, na hipótese em que se verificar a existência de decisão manifestamente ilegal ou teratológica, o que, em uma análise perfunctória, é o caso dos autos.

Muito embora conste dos autos a informação de que o casal de guardiões está inscrito no Cadastro Nacional de Adoção e que já vivenciou tentativa anterior de entrega direta de outro menor, as circunstâncias manifestamente excepcionais enfrentadas pelo país em decorrência do crescimento exponencial da pandemia de Covid-19, produzida pelo vírus SARS-Cov2, acabam por elevar o caso retratado nos autos a uma situação deveras delicada e urgente dada a potencial possibilidade de ocorrência de dano grave e irreparável aos direitos do menor.

Assim, de modo excepcional, visando unicamente preservar o melhor interesse do menor, que, vale ressaltar, é um bebê de um pouco mais de 2 (dois) meses de idade, é de rigor o deferimento do pedido liminar formulado no presente habeas corpus.

Com efeito, a manutenção da guarda de fato do bebê com os atuais guardiões é medida que se revela, a priori, a mais prudente e eficaz para preservar a segurança e a saúde do paciente, bem como de conter a propagação da doença.

Vale ressaltar que, via de regra, é grande o fluxo de educadores, voluntários, visitantes, bem como de atividades e de agrupamentos existentes nas instituições de acolhimento de crianças e adolescentes.

Diante do exposto, defiro a liminar postulada para suspender a determinação de acolhimento do paciente D B, que ficará sob a guarda provisória de V A V e E V M V, até ulterior decisão exauriente.

Feita essa breve contextualização, efetivamente, a situação retratada nos autos é delicada e excepcional por se tratar de um bebê que, desde os primeiros dias de vida, esteve sob a guarda do casal de guardiões, recebendo todos os cuidados

necessários para o seu desenvolvimento sadio e seguro.

Conforme restou claro na decisão do juízo da Vara da Infância e da Juventude, Protetiva e Cível da Comarca de Campinas/SP - e que não foi suspensa pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em sede de antecipação da tutela recursal -, a determinação de acolhimento institucional do paciente se justificou unicamente pela presença de indícios de burla ao cadastro de adoção, não tendo sido cogitado qualquer risco físico ou psicológico à criança.

Ora, embora o juízo de 1º grau estivesse zelando pela observância do procedimento legal de adoção, há que se convir que o indeferimento de plano do pedido de guarda, com determinação de imediata busca e apreensão de D B, em pleno início de ascensão do número de casos de Covid-19 (27/3/2020), sem ao menos realizar um estudo psicossocial ou verificar a possibilidade de concessão da guarda provisória aos postulantes, certamente não atendeu o melhor interesse da criança.

Inicialmente, é importante esclarecer que, apesar de o casal de guardiões alegar que não possui interesse em adotar a criança, o juízo de 1º grau frisou, entretanto, que *"os requerentes possuem habilitação para adoção em trâmite por este Juízo"* e que *"já vivenciou tentativa anterior de entrega direta de outro menor"*.

Assim, inobstante a suposta irregularidade/ilegalidade dos meios empregados para a obtenção da guarda do infante, penso que, neste momento, é do seu melhor interesse a sua permanência no lar da família que o acolheu desde os primeiros dias de vida.

Isso porque, o lastro probatório dos autos – que inclui diversas fotos -,

evidencia que os guardiães dispensam cuidados suficientes e adequados ao menor, inexistindo indícios que desabonem o ambiente familiar em que ele se encontra.

Da documentação juntada aos autos, verifica-se, ainda, que o paciente realiza acompanhamento médico desde os primeiros dias de vida, gozando de plena saúde.

O laudo de estudo psicossocial até então realizado (e-STJ Fls. 160-163), apesar de inconclusivo - pois realizado por videoconferência -, permitiu à psicóloga afirmar o seguinte:

Durante a entrevista, apesar das condições da chamada não serem ideais, foi possível observar o bebê no colo da requerente, sendo que aparentemente ele é uma criança ativa e alegre. Durante o breve contato, não observamos indícios que desabonem o ambiente familiar em que a criança se encontra.

Verifica-se, portanto, que a suposta guarda irregular do infante não lhe trouxe prejuízo, mas, ao contrário, atendeu aos seus superiores interesses.

Aliás, em questões afetas a crianças e adolescentes, é da tradição das decisões desta Corte sobrelevar, sempre, o melhor interesse do menor, em atenção à proteção integral e à diretiva estabelecida no art. 6º da Lei 8.069/90, segundo a qual: "*Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.*"

Ao dispor acerca do cadastro de pretendentes, no art. 197-E do Estatuto da Criança e do Adolescente, o legislador não deixou de registrar que o melhor interesse do adotando poderá inclusive fazer alterada a ordem cronológica das habilitações, dentro das hipóteses previstas no §13 do art. 50 desta Lei.

A interpretação que mais bem atende ao microssistema consubstanciado no ECA e a teleologia de suas normas é aquela que não veda a que, em hipóteses que

refujam das previstas nos seus 3 incisos do § 13 do art. 50, no melhor interesse do infante, possa se dar andamento ao pedido de adoção, investigando, ao fim e ao cabo, se os pretendentes reúnem condições de ser pais e, ainda, se os interesses do menor confluem com os dos pretendentes.

O escopo deste cadastro, certamente, é acelerar o processo de adoção, torná-lo mais seguro e cristalino, procedendo-se a uma prévia análise dos pretendentes à paternidade e maternidade, cadastro este que, ainda, é fiscalizado pelo Ministério Público.

A medida é benfazeja e necessária mesmo à higidez de todo o processo que deve envolver a adoção de um menor.

Não pode, no entanto, tornar-se o cadastro em um fim em si mesmo, especialmente quando a realidade informar que a adoção por aqueles que ali não estão inscritos, em que pese aptos a cuidar, respeitar, proteger e auxiliar no desenvolvimento seguro do adotando, com o afeto que toda criança e adolescente é merecedor, esteja em sintonia com os interesses da criança.

Na doutrina especializada impõe-se reservar atenção à sempre pertinente lição de **Maria Berenice Dias** (in *Manual de Direito das Famílias*, 1ª ed. eletrônica, 2015, Ed. Revista dos Tribunais, item 26.12):

Ainda que haja a determinação de que sejam elaboradas as listas, deve-se atentar ao direito da criança de ser adotada por quem já lhe dedica carinho diferenciado, em vez de priorizar os adultos pelo só fato de estarem incluídos no registro de adoção. Não sendo a pretensão contrária ao interesse da criança, injustificável negar a adoção por ausência de prévia inscrição dos interessados. Principalmente quando a criança de há muito convive com quem reconhece como seus pais.

A finalidade das listas é agilizar o processo de adoção, organizar os pretendentes à adoção, facilitar a concessão da medida, e não para obstaculizá-la.

Estabelecido vínculo afetivo com a criança, é perverso negar o pedido e entregá-la ao primeiro inscrito. Tal postura desatende aos interesses prioritários de quem goza da especial proteção constitucional.

A enorme burocracia que cerca a adoção faz com que as crianças se tornem "inadotáveis", palavra feia, quase um palavrão, que significa crianças que ninguém quer, seja porque já não são bebês, seja porque não são brancas, não são perfeitas. Pelo jeito ninguém lembra o porquê de as crianças lá estarem: ou foram abandonadas, ou os pais foram destituídos do poder familiar por maus-tratos ou por abuso sexual. Nessa última hipótese, aliás, é bem mais difícil que sejam adotadas.

Portanto, o que era para ser simples mecanismo, singelo instrumento agilizador de um procedimento, transformou-se em fim em si mesmo. Em vez de meio libertário, passou a ser um fator inibitório e limitativo da adoção.

Com isso, olvida-se tudo que vem sendo construído pela doutrina e já é aceito pela jurisprudência, quando se fala em vínculos familiares. Filiação socioafetiva, "adoção à brasileira", posse do estado de filho são novos institutos construídos pela sensibilidade da justiça, que têm origem no elo afetivo e levam ao reconhecimento do vínculo jurídico da filiação.

É de tal ordem a relevância que se empresta ao afeto que se pode dizer que a filiação se define não pela verdade biológica, nem pela verdade legal ou pela verdade jurídica, mas pela verdade do coração.

Quando se trilha o caminho que busca enlaçar no próprio conceito de família o afeto, desprezá-lo afronta não só a norma constitucional que consagra o princípio da proteção integral, mas também o princípio maior que serve de fundamento ao Estado Democrático de Direito: o respeito à dignidade de crianças e adolescentes. Assim, independentemente da ocorrência de eventual vício de consentimento com relação à mãe biológica, comprovada a boa-fé dos adotantes, há que se preservar o interesse do adotando."

Dentro desta perspectiva de proteção integral, firmou-se no STJ a orientação segundo a qual, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário.

A orientação pela primazia do acolhimento familiar vem sendo seguida inclusive nas hipóteses específicas de adoção intuitu personae por adotantes não inscritos nos cadastros oficiais ou, ainda, diante da suspeita de fraude no registro de nascimento, reconhecendo-se a prevalência da análise do melhor interesse para

o adotando.

Busca-se preservar, sempre que possível, os laços afetivos formados com a família substituta, especialmente quando estabelecidos durante significativo período, como no caso dos autos, de modo a não comprometer sobremaneira o desenvolvimento saudável e a formação da personalidade da criança.

A propósito, confirmam-se as ementas dos seguintes julgados desta Corte:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO LEGÍTIMA CUMULADA COM ANULAÇÃO PARCIAL DE REGISTRO DE NASCIMENTO. SUSPEITA DE ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. IRMÃOS GÊMEOS ENTREGUES PELA MÃE AO PAI REGISTRAL DESDE O NASCIMENTO. DÚVIDA ACERCA DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL LIMINAR. OFENSA AO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não obstante a inadequação do habeas corpus como meio de impugnação de decisão liminar sujeita a recurso próprio, é pacífico o entendimento desta Corte no sentido de permitir, em situações excepcionais, a superação de eventuais óbices processuais, a fim de assegurar o melhor interesse do paciente menor.

2. O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, ao preconizar a doutrina da proteção integral e prioritária do menor, torna imperativa a observância do melhor interesse da criança.

3. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento assente de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do menor, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional em detrimento do familiar.

4. No caso, a permanência dos pacientes sob a guarda do pai registral e de sua família, ainda que eventualmente transitória, é medida que se aconselha como forma de assegurar o melhor interesse das crianças enquanto se aguarda a elucidação dos fatos narrados na inicial da ação.

5. Ordem de habeas corpus concedida, confirmando a liminar deferida.

(HC 607.815/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE MENOR. APARENTE ADOÇÃO À BRASILEIRA E INDÍCIOS DE BURLA AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO.

PRETENSOS ADOTANTES QUE REUNEM AS QUALIDADES NECESSÁRIAS PARA O EXERCÍCIO DA GUARDA PROVISÓRIA. VÍNCULO SOCIOAFETIVO PRESUMÍVEL NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES DESENVOLVIDAS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.

1- O propósito do habeas corpus é definir se deve ser mantida a ordem de acolhimento institucional da menor diante do reconhecimento, pelos graus de jurisdição ordinários, de que houve tentativa de burlar o cadastro nacional de adoção.

2- Conquanto a adoção à brasileira evidentemente não se revista de legalidade, a regra segundo a qual a adoção deve ser realizada em observância do cadastro nacional de adotantes deve ser sopesada com o princípio do melhor interesse do menor, admitindo-se em razão deste cânone, ainda que excepcionalmente, a concessão da guarda provisória a quem não respeita a regra de adoção.

3- Hipótese em que o casal de pretensos adotantes havia se submetido, em passado recente, às avaliações e formalidades necessárias para integrar o cadastro nacional de adotantes, estando apto a receber e despendar os cuidados necessários a menor e convicto da escolha pela adoção.

4- O convívio da menor com os pretensos adotantes por um significativo lapso temporal induz, em princípio, a provável existência de vínculo socioafetivo que deve ser amparado juridicamente, sem prejuízo da formação de convencimento em sentido contrário após regular e exauriente cognição.

4- Ordem concedida.

(HC 385.507/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 02/03/2018)

Esse entendimento jurisprudencial está em sintonia com a norma do art. 34, §

1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe:

Art. 34. *O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar.*

§ 1º. *A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei.*

No cenário retratado pelos autos, portanto, de ausência de perigo de violência física ou psicológica, de estabelecimento de vínculos afetivos por significativo

período e de aptidão dos guardiões para cuidar e proteger a criança, não se mostrava prudente e condizente com os seus superiores interesses a determinação de acolhimento.

Aqui, verifica-se que o único motivo para a adoção de medida de proteção mais drástica foi a burla ao cadastro de adoção e a suspeita de entrega irregular pela genitora, em contrariedade à norma do já aludido art. 34, § 1º, do ECA, e a própria orientação jurisprudencial desta Corte.

Não houve, vale dizer, qualquer indício de que o infante tenha sofrido maus tratos, negligência ou abuso seja por parte dos guardiães, seja por ato de terceiros, a justificar a adoção da medida de proteção, nos termos do art. 98, do ECA.

Neste momento, portanto, apesar da aparência da chamada "adoção à brasileira", é preferível e recomendada a manutenção da criança em um lar já estabelecido, com uma família que a deseja como membro.

Como se não bastasse, não se pode olvidar o fato notório e anormal que assola o país e o mundo de proliferação da pandemia causada pelo Coronavírus (Covid-19) que, apesar da incipiente vacinação, está longe de ser controlada no país.

Com efeito, apenas no Brasil, até meados de janeiro de 2021, a doença já provocou a morte de cerca de 215.000 pessoas, sendo que mais de 8.697.368 foram contaminadas.

Apenas no Estado de São Paulo, de onde origina o *habeas corpus*, também por possuir a maior população, já foram contabilizados 50.938 mortes e 1.670.754 contaminados.

Desse modo, também sob esse viés, a permanência de D B sob guarda do casal V A V e E V M V é medida que se revela, *a priori*, mais condizente com seus

superiores interesses.

Sobre essa questão, cito:

HABEAS CORPUS. DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. EXCEÇÃO. INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DO MENOR. RISCO. INEXISTÊNCIA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. FAMÍLIA SUBSTITUTA. VÍNCULO AFETIVO. BOA-FÉ. PANDEMIA. COVID-19. ABRIGAMENTO. RISCO DE CONTAMINAÇÃO.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA -, ao preconizar a doutrina da proteção integral (art. 1º da Lei nº 8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança.

2. Ressalvado o risco evidente à integridade física e psíquica, que não é a hipótese dos autos, o acolhimento institucional não representa o melhor interesse da criança.

3. A observância do cadastro de adotantes não é absoluta porque deve ser sopesada com o princípio do melhor interesse da criança, fundamento de todo o sistema de proteção ao menor.

4. O risco de contaminação pela Covid-19 em casa de acolhimento justifica a manutenção da criança com a família substituta.

5. Ordem concedida.

(HC 572.854/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 07/08/2020)

HABEAS CORPUS. AÇÃO DE ADOÇÃO E GUARDA PROVISÓRIA DE MENOR. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. INVIABILIDADE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE ABRIGAMENTO INSTITUCIONAL DE CRIANÇA DE TERNA IDADE EM VIRTUDE DE BURLA AO CADASTRO DO SISTEMA NACIONAL DE ADOÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE RISCO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DA INFANTE. O CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO DEVE SER SOPESADO COM O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. FORMAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO SUFICIENTE ENTRE A MENOR E A PRETensa FAMÍLIA SUBSTITUTA. PRIMAZIA DO ACOLHIMENTO FAMILIAR EM DETRIMENTO DE COLOCAÇÃO EM ABRIGO INSTITUCIONAL. PRECEDENTES. PERIGO DE CONTÁGIO PELO CORONAVÍRUS (COVID-19). ILEGALIDADE DA DECISÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não é admissível a utilização de habeas corpus como sucedâneo ou

substitutivo de recurso ordinário cabível. Possibilidade excepcional de concessão da ordem de ofício. Precedentes.

2. A jurisprudência desta Eg. Corte Superior, em observância ao princípio da proteção integral e prioritária da criança previsto no Estatuto de Criança e do Adolescente e na Constituição Federal, consolidou-se no sentido da primazia do acolhimento familiar em detrimento da colocação de menor em abrigo institucional.

3. O STJ também tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo, quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, de modo a se preservar os laços afetivos configurados com a família substituta . Precedentes.

4. A ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto, devendo ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar (HC nº 468.691/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe de 11/3/2019).

5. O potencial risco de contaminação pelo coronavírus (Covid-19) em casa de abrigo institucional, justifica a manutenção de criança de tenra idade (recém-nascida) com a família substituta.

6. Ordem de habeas corpus concedida de ofício.

(HC 574.439/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 26/08/2020)

Ante o exposto, com amparo nos elementos fáticos da causa, confirmando a liminar anteriormente concedida, concedo, de ofício, a ordem de *habeas corpus* para determinar que D B permaneça sob a guarda de fato do atual casal de guardiões até o julgamento final de mérito de todas as ações que tramitam na origem.

Fica ressalvada a reapreciação da guarda do paciente pelo magistrado de primeiro grau diante da alteração substancial e superveniente da situação fática no curso dos processos.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2020/0080040-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 570.728 / SP

Números Origem: 10009226820208260084 20359780920208260000

EM MESA

JULGADO: 09/02/2021
SEGREGADO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ONOFRE DE FARIA MARTINS

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSE GILDASIO PEREIRA

ADVOGADO : JOSE GILDASIO PEREIRA - SP321942

IMPETRADO : JUIZ DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE,
PROTETIVA E CÍVEL DE CAMPINAS - SP

PACIENTE : D B

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Relações de Parentesco - Guarda

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, concedeu de ofício a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.