



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 468.691 - SC (2018/0235380-2)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
IMPETRANTE : RODRIGO CORDEIRO
ADVOGADO : RODRIGO CORDEIRO - SC034354
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : A M D O R

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. SUSPEITA DE FRAUDE EM REGISTRO CIVIL. MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL.

1. Sob o enfoque da doutrina da proteção integral e prioritária consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente — *Lei n. 8.069/1990* —, torna-se imperativa a observância do melhor interesse do infante, de sorte que o cabimento de medidas específicas de proteção, tal como o acolhimento institucional (art.101, VII, do ECA), apenas terá aptidão e incidência válida quando houver ameaça ou violação dos direitos reconhecidos pelo Estatuto, consoante exegese extraída do art. 98 do mesmo diploma.

2. Assim, tem-se que a ação do Juiz no sentido de colmatar desvios — tanto no âmbito da ação estatal, quanto no âmbito familiar, seja por ato próprio da criança ou do adolescente, como também no domínio da sociedade — deve, necessariamente, ser pautada pela precisa identificação de situação concreta de ameaça ou violação de direitos, notadamente em se tratando da medida de proteção que impõe o acolhimento institucional, por ser esta orientada pelo caráter da excepcionalidade e da provisoriedade, nos termos do que dispõe o § 1º do art. 101 do ECA.

3. No caso em exame, a manutenção da guarda de A.M DO R. com o casal W.G.DO R, o pai registral, e P.R.M.M, sua companheira, não representa uma situação concreta de ameaça ou violação de direitos do infante, pois nada há nos autos a demonstrar, ainda que vagamente, a ocorrência de exposição do infante a riscos para sua integridade física e psicológica.

4. Nesse diapasão, verifica-se que a decisão de acolhimento do infante fulcrou-se tão somente nos argumentos apontados pelo *Parquet* estadual de que houve adoção irregular mediante fraude no registro civil, sem, contudo, arrolar quaisquer evidências de que a criança estivesse em situação de perigo físico ou psíquico ao conviver com o pai e a sua companheira.

5. A esse respeito, não se pode olvidar que o registro civil é dotado de fé pública e, até prova em contrário, impõe presunção de verdade em favor de suas declarações, de onde se conclui que a declaração do pai, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecer e registrar o filho, não pode ser elidida por simples argumentações e conjecturas acerca de sua autenticidade sob o ponto de vista da paternidade biológica. Mais do que isso, assim deve ser tal conclusão, pois é a que melhor prestigia o interesse da criança de ter reconhecida a sua paternidade, bem como de ter um lar e convívio familiar.

6. Por óbvio, essa presunção pode ser elidida por meio de prova idônea, a exemplo do teste de DNA. Todavia, até que se ultime a contraprova para verificar a paternidade biológica do pai registral do infante, não se pode concluir que a suposta adoção irregular, mediante fraude no registro civil, importe, por si só, em risco à integridade física ou psíquica do infante. Isso porque, utilizando-se a técnica do art. 98 do ECA — que impõe a aplicação de medidas de proteção nas situações que especifica —, não se prescinde, concretamente, da evidência de quaisquer situações de ameaça ou violação de direitos tutelados naquele diploma.

7. A excepcionalíssima hipótese dos autos justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento institucional da criança em abrigo ou entidade congênere, uma vez que, como se nota, não se subsume a nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA.

8. Esta Corte Superior tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário (Precedentes: HC n. 294.729/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 29.08.2014; HC 279.059/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 28.2.2014; REsp n. 1.172.067/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 14.4.2010).

9. A disciplina do art. 50 do ECA, ao prever a manutenção dos cadastros de adotantes e adotandos, tanto no âmbito local e estadual quanto em nível nacional, este último regulamentado pela Resolução n. 54/2008 do Conselho Nacional de Justiça, visa conferir maior transparência, efetividade, segurança e celeridade no processo de adoção, assim como obstar a adoção *intuitu personae*. Contudo, não se pode perder de vista que o registro e classificação de pessoas interessadas em adotar não têm um fim em si mesmos, antes devem servir, precipuamente, ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes. Portanto, a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para a adoção não tem um caráter absoluto, pois deverá ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar.

10. As questões suscitadas nesta Corte na presente via não infirmam a necessidade de efetiva instauração do processo de adoção, que não pode ser descartado pelas partes. Na ocasião, será imperiosa a realização de estudo social e aferição das condições morais e materiais para a adoção da criança. Entretanto, não vislumbro razoabilidade na transferência da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua guarda — primeiro a um abrigo e depois a outro casal cadastrado na lista geral —, sem que se desatenda ou ignore o real interesse do menor, com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade na fase mais vulnerável do ser humano.

11. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com ressalvas de entendimento da Ministra Maria Isabel Gallotti. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 468.691 - SC (2018/0235380-2)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
IMPETRANTE : RODRIGO CORDEIRO
ADVOGADO : RODRIGO CORDEIRO - SC034354
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : A M DO R

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por RODRIGO CORDEIRO, em favor de A M DO R, contra ato de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que julgou extinto, sem análise de mérito, anterior *habeas corpus* contrário à decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Timbó/SC — processo n. 090077966.2017.8.24.0073 — que suspendeu o poder familiar e a guarda do infante, assim como determinou a sua busca e apreensão e o imediato acolhimento institucional, além de interromper o direito de visita dos genitores, de P.R.M.M. e de familiares do infante.

Na espécie, o impetrante pretende obter ordem revocatória da decisão que determinou o acolhimento institucional do ora paciente, menor impúbere, nascido em 12/9/2017, restabelecendo-se, via de consequência, a guarda em benefício do genitor.

A par disso, depreende-se dos autos que tramita na origem **ação de destituição do poder familiar, cumulada com pedido de busca e apreensão, acolhimento institucional, investigação de paternidade e anulação de registro civil**, movida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra a genitora (M DE F.R.M.), o genitor (W.G.DO R.) e sua companheira (P.R.M.M.), objetivando a proteção do infante A. M. DO R., ora paciente, à época da inicial com apenas 1 (um) mês de idade. Pugnou-se, em tutela de urgência, a suspensão do poder familiar da genitora e do pai registral em relação ao infante, sua busca e apreensão com o acolhimento institucional, assim como seu afastamento da criança do convívio com os demandados, além do suprimento de consentimento da genitora e consequente determinação judicial para se realizar exame de DNA a fim de descobrir se W.G.DO R, pai registral, é o pai biológico do paciente.

A final, requer a procedência dos pedidos para se decretar a perda do poder familiar dos genitores, com a declaração de nulidade do registro civil em relação à paternidade nele declarada, excluindo-se o nome do genitor, e, finalmente, a colocação da criança em uma família substituta, na modalidade de adoção (e-STJ fls. 31-51).

Em apertada síntese, na ação movida pelo *Parquet*, sustentou-se que: a) W.G.DO R reconheceu a paternidade do infante de forma fraudulenta; b) a genitora da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criança reside em outro Estado da Federação e concordou com toda a situação; c) após a adoção irregular, a genitora entregou a criança, mediante acordo extrajudicial de guarda, para W.G.DO R. e sua companheira, P.R.M.M.

Em um primeiro momento, o Juízo singular indeferiu o pedido de tutela de urgência, que, todavia, foi renovado incidentalmente pelo Ministério Público, tendo em vista novos elementos fáticos aportados aos autos, notadamente o depoimento do ex-companheiro da genitora da criança, Cássio José Magalhães Matos, que reforçaria o pedido inicial e a existência das condutas ilícitas descritas, requerendo a busca e apreensão da criança e seu acolhimento institucional (e-STJ fls. 437-452).

Sobreveio decisão na qual a magistrada deferiu a tutela de urgência ao argumento de que: a) o registro de paternidade não goza de presunção absoluta de veracidade; b) existem diversas contradições nos depoimentos colhidos; c) as provas carreadas aos autos indicam a ocorrência de adoção à brasileira, principalmente o depoimento de Cássio José Magalhães Matos, ex-companheiro da mãe biológica, que, quando ouvido em juízo, reconheceu categoricamente que a criança foi entregue para adoção irregular e a recusa de W.G.DO.R. para realizar o teste de paternidade; d) foi firmado "termo de guarda definitiva de menor", sem qualquer homologação judicial e apenas dois dias após o nascimento da criança, o que demonstraria que os direitos do recém-nascido, tais como amamentação e convivência com a genitora e família extensa, também não haviam sido resguardados; e) a probabilidade do direito está estampada na pasta digital, cujos indicativos revelam, em análise sumária, que houve entrega pela mãe biológica de bebê para adoção irregular ao pai registral e a sua companheira, conforme relatos dos envolvidos e das testemunhas já ouvidas; f) "o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo encontra supedâneo na situação irregular que se estabelece entre a criança e os requeridos, ao passo que sua permanência na guarda dos requeridos consolidará os vínculos afetivos, concretizando adoção ilícita, com o que não pode coadunar o Poder Judiciário"; g) "por se tratar de bebê de onze meses de idade, verifica-se que o vínculo afetivo existente é frágil e não pode ser argumento para a manutenção da criança com os requeridos, haja vista os fortes indícios de que houve adoção irregular, cuja conduta pode configurar, inclusive, infração penal"; h) "a prévia inscrição de adotantes em cadastro de adoção, com preparo psicossocial e jurídico (ECA art. 50, § 3.º), é exigência que visa proteger os direitos das crianças e dos adolescentes e preservar os seus melhores interesses, a fim de selecionar de forma rigorosa os futuros guardiões, que não podem ser aleatoriamente escolhidos pelos pais biológicos"; e i) "a manutenção da criança com os segundo e terceiro demandados — não habilitados à adoção, com os quais, ao que indicam as provas dos autos, não possui laços parentais — somente serviria de justificativa formal para, com força na consolidação de vínculos hoje incipientes, burlar o regramento da adoção imposto pelo Estatuto da Criança e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Adolescente (e-STJ fls. 453-460).

A seguir, foi manejado *habeas corpus* perante o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, tendo sido julgado extinto sem análise do mérito, mantendo a decisão do juízo de primeiro grau ao argumento de que: a) o *writ* não pode ser utilizado como sucedâneo recursal; b) "a atuação do órgão ministerial foi contemporânea ao nascimento do infante (o ajuizamento da ação ocorreu em 18.10.2017, pouco mais de um mês após o nascimento – 12/09/2017) e atualmente o bebê ainda conta com menos de 1 (um) ano de idade, razão pela qual, ao que tudo indica, não há uma situação consolidada em que a regularização, mediante encaminhamento da criança à adoção, traria dificuldades de adaptação ou mesmo traumas à criança"; c) "em análise sumária do caso, não se verifica manifesta ilegalidade ou teratologia na decisão judicial que determinou a busca e apreensão do menor, ao menos suficiente para que seja tomada, de ofício, alguma medida protetiva contrária àquela decisão" (e-STJ fl. 15).

Nesse contexto, no presente *habeas corpus*, aduz o impetrante que aviou o remédio heroico como sucedâneo recursal em prestígio à celeridade processual, pois estariam presentes todos os requisitos autorizadores da concessão da ordem, de acordo com a jurisprudência dominante desta Corte Superior, quais sejam: a) demonstração cabal de que o menor não se encontra sob qualquer risco; b) necessidade de estudo psicossocial demonstrando a existência de riscos ao bem estar do menor; e c) sopesamento entre o melhor interesse da criança e o acolhimento institucional.

Sustenta a ilegalidade da decisão, pois tanto o juízo de primeiro grau quanto o Tribunal de Justiça local "discorrem teoricamente sobre a exposição da criança a riscos, sem apontá-los concretamente, isto porque não há estudo psicossocial que fundamente qualquer constatação neste sentido". A esse respeito, fez juntar declaração de médico pediatra que acompanha o desenvolvimento do infante (e-STJ fl.306).

Conclui que não há risco concreto ao bem-estar físico e psíquico do paciente e que a sua manutenção em instituição acolhedora é temerária, tendo em vista a demora natural de processos dessa natureza, numa verdadeira inversão da ordem legal imposta pelo ECA, na qual a opção adotada (acolhimento) deve ser a última, e não a primeira, a ser utilizada" (e-STJ fl. 9).

Pleiteia a concessão do *writ*, em caráter liminar, para suspender a tutela de urgência concedida, especialmente o acolhimento institucional, devido à ilegalidade da decisão impetrada, que não traduziria o melhor interesse da criança, que tem direito a um lar.

No mérito, requer a concessão da ordem para ratificar a liminar concedida, cujo efeito determine a revogação da medida protetiva de acolhimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em 12 de setembro de 2018, deferi o pedido liminar para determinar a suspensão das medidas impostas pelo juízo singular, mormente a de acolhimento institucional, com a imediata devolução da guarda do paciente a W.G.DO R. e P. R.M.M , ao menos até o julgamento final do presente *habeas corpus*.

Após, vieram informações prestadas pelo Juízo da Comarca de Timbó/SC (e-STJ fls. 502–504) e pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (e-STJ fls. 547–637), bem como pelo Ministério Público de Santa Catarina (e-STJ fls.505–522), que apresentou manifestação espontânea na condição de terceiro interessado.

Finalmente, o Ministério Público Federal ofertou parecer pela denegação da ordem, sob o argumento de não se evidenciar na decisão atacada flagrante teratologia ou manifesta ilegalidade a autorizar a concessão da ordem *ex officio* (e-STJ fls. 539–544).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 468.691 - SC (2018/0235380-2)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
IMPETRANTE : RODRIGO CORDEIRO
ADVOGADO : RODRIGO CORDEIRO - SC034354
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : A M DO R

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. SUSPEITA DE FRAUDE EM REGISTRO CIVIL. MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL.

1. Sob o enfoque da doutrina da proteção integral e prioritária consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente — *Lei n. 8.069/1990* —, torna-se imperativa a observância do melhor interesse do infante, de sorte que o cabimento de medidas específicas de proteção, tal como o acolhimento institucional (art.101, VII, do ECA), apenas terá aptidão e incidência válida quando houver ameaça ou violação dos direitos reconhecidos pelo Estatuto, consoante exegese extraída do art. 98 do mesmo diploma.

2. Assim, tem-se que a ação do Juiz no sentido de colmatar desvios — tanto no âmbito da ação estatal, quanto no âmbito familiar, seja por ato próprio da criança ou do adolescente, como também no domínio da sociedade — deve, necessariamente, ser pautada pela precisa identificação de situação concreta de ameaça ou violação de direitos, notadamente em se tratando da medida de proteção que impõe o acolhimento institucional, por ser esta orientada pelo caráter da excepcionalidade e da provisoriedade, nos termos do que dispõe o § 1º do art. 101 do ECA.

3. No caso em exame, a manutenção da guarda de A.M DO R. com o casal W.G.DO R, o pai registral, e P.R.M.M, sua companheira, não representa uma situação concreta de ameaça ou violação de direitos do infante, pois nada há nos autos a demonstrar, ainda que vagamente, a ocorrência de exposição do infante a riscos para sua integridade física e psicológica.

4. Nesse diapasão, verifica-se que a decisão de acolhimento do infante fulcrou-se tão somente nos argumentos apontados pelo *Parquet* estadual de que houve adoção irregular mediante fraude no registro civil, sem, contudo, arrolar quaisquer evidências de que a criança estivesse em situação de perigo físico ou psíquico ao conviver com o pai e a sua companheira.

5. A esse respeito, não se pode olvidar que o registro civil é dotado de fé pública e, até prova em contrário, impõe presunção de verdade em favor de suas declarações, de onde se conclui que a declaração do pai, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecer e registrar o filho, não pode ser elidida por simples argumentações e conjecturas acerca de sua autenticidade sob o ponto de vista da paternidade biológica. Mais do que isso, assim deve ser tal conclusão, pois é a que melhor prestigia o interesse da criança de ter reconhecida a sua paternidade, bem como de ter um lar e convívio familiar.

6. Por óbvio, essa presunção pode ser elidida por meio de prova idônea, a exemplo do teste de DNA. Todavia, até que se ultime a contraprova para verificar a paternidade biológica do pai registral do infante, não se pode concluir que a suposta adoção irregular, mediante fraude no registro civil, importe, por si só, em risco à integridade física ou psíquica do infante. Isso porque, utilizando-se a técnica do art. 98 do ECA — que impõe a aplicação de medidas de proteção nas situações que especifica —, não se prescinde, concretamente, da evidência de quaisquer situações de ameaça ou violação de direitos tutelados naquele diploma.

7. A excepcionalíssima hipótese dos autos justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento institucional da criança em abrigo ou entidade congênere, uma vez que, como se nota, não se subsume a nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA.

8. Esta Corte Superior tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário (Precedentes: HC n. 294.729/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 29.08.2014; HC 279.059/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 28.2.2014; REsp n. 1.172.067/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 14.4.2010).

9. A disciplina do art. 50 do ECA, ao prever a manutenção dos cadastros de adotantes e adotandos, tanto no âmbito local e estadual quanto em nível nacional, este último regulamentado pela Resolução n. 54/2008 do Conselho Nacional de Justiça, visa conferir maior transparência, efetividade, segurança e celeridade no processo de adoção, assim como obstar a adoção *intuitu personae*. Contudo, não se pode perder de vista que o registro e classificação de pessoas interessadas em adotar não têm um fim em si mesmos, antes devem servir, precipuamente, ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes. Portanto, a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para a adoção não tem um caráter absoluto, pois deverá ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar.

10. As questões suscitadas nesta Corte na presente via não infirmam a necessidade de efetiva instauração do processo de adoção, que não pode ser descartado pelas partes. Na ocasião, será imperiosa a realização de estudo social e aferição das condições morais e materiais para a adoção da criança. Entretanto, não vislumbro razoabilidade na transferência da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua guarda — primeiro a um abrigo e depois a outro casal cadastrado na lista geral —, sem que se desatenda ou ignore o real interesse do menor, com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade na fase mais vulnerável do ser humano.

11. Ordem concedida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Cuida-se de impetração contra ato de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que julgou extinto, sem análise de mérito, anterior *habeas corpus* contrário à decisão proferida pela Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Timbó/SC que concedeu tutela de urgência para suspender o poder familiar e, em consequência, determinou a busca e apreensão e o acolhimento institucional de infante, nos autos de uma ação de destituição do poder familiar, cumulada com pedido de busca e apreensão, acolhimento institucional, investigação de paternidade e anulação de registro civil, proposta pelo Ministério Público Estadual.

Não olvido do entendimento perfilhado por este Superior Tribunal de Justiça, inaugurado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 109.956/PR (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 11/9/2012), no sentido de não conhecer de *habeas corpus* impetrado como substitutivo de recurso ordinário.

Todavia, antes de analisar a questão de fundo do presente *writ*, convém ressaltar que a utilização de *habeas corpus* como sucedâneo recursal não impede seja verificada a existência de flagrante ilegalidade, teratologia ou abuso de poder que enseje ultrapassar o vício formal na impetração para a concessão de ofício da ordem vindicada, em reverência à magnitude dessa especial garantia constitucional.

A esse respeito:

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO TENTADO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, I, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). PRÉVIO *MANDAMUS* DENEGADO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. TENTATIVA DE SUBTRAÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS. VALOR ÍNFIMO. BENS RECUPERADOS PELA VÍTIMA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO. ***HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.***

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Consoante entendimento jurisprudencial, o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

(...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público". (HC n.º 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19/11/2004)

3. Ao acusado foi imputado furto tentado qualificado (art. 155, § 4º, I, c/c art.

14, II, ambos do Código Penal), por ter tentado subtrair 01 lata de 300g de ervilha; 01 lata de 300g de milho verde; 03 sachês de molho de tomate de 300g; 01 lata de 500ml de azeite; 03 pacotes de 500g de massa de macarrão; e 1kg de feijão, com valor total de R\$ 16,89 (dezesseis reais e oitenta e nove centavos) - correspondente a menos de 3% do salário mínimo - não havendo falar, pois, em afetação do bem jurídico (patrimônio), não tendo, assim, havido qualquer prejuízo material, ante a recuperação total da res e da não comprovação de dano no alegado rompimento de obstáculo.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, em razão do reconhecimento da atipicidade material da conduta, determinar o trancamento do processo penal.

(HC 362.253/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016) [g.n.]

De outro lado, depreende-se do acórdão vergastado que, não obstante a inadequação da via eleita, a Corte de origem entendeu não haver razões para a concessão *ex officio* da ordem (e-STJ fls. 466-470), *in verbis*:

O advogado Rodrigo Cordeiro impetrou habeas corpus em favor de A. M. do R. afirmando, em síntese, que nos autos da ação de destituição do poder familiar cumulada com pedido de busca e apreensão n. 0900779-66.2017.8.24.0073, a MM.^a Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Timbó, Doutora Fabiola Duncka Geiser, deferiu o pedido de tutela de urgência formulado pelo Ministério Público para suspender o poder familiar e a guarda da criança e determinou a sua busca e apreensão e imediato acolhimento institucional, após constatar a presença de fortes indícios no sentido de ter ocorrido adoção irregular.

Sustenta que há precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser admissível a impetração de habeas corpus para salvaguardar direito de criança ou adolescente indevidamente apreendido por mandado judicial.

No mérito, afirma que a medida foi tomada sem a realização de estudo social apto a constatar que o infante estivesse em situação de risco, além



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de incorrer em afronta aos arts. 1º, 8º e 10 do CPC, art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e art. 1º, III, da Constituição Federal.

2. No caso, tendo o causídico impetrado habeas corpus contra decisão judicial que poderia ser impugnada por recurso próprio, impossível dar continuidade à presente ação ou adentrar na sua análise de mérito, porquanto não utilizou o impetrante a via processual adequada para obter o almejado.

Em caso análogo, a Terceira Câmara de Direito Civil negou provimento ao agravo interno no qual a Eminente Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta havia indeferido a exordial, nos seguintes termos:

AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. DECISÃO QUE INADMITIU O WRIT POR INADEQUAÇÃO. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE BEBÊ DE 09 (NOVE) MESES EM RAZÃO DE EVIDÊNCIAS CONCRETAS DA PRÁTICA ILEGAL DE ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. INSTRUMENTO INADEQUADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE, ABUSIVIDADE OU TERATOLOGIA NA DETERMINAÇÃO DO JUÍZO. EFEITOS DA DECISÃO QUE FORAM MANTIDOS PELA CÂMARA CÍVEL ESPECIAL POR OCASIÃO DA INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO PELOS INTERESSADOS. OUTROSSIM, VÍNCULO AFETIVO FRÁGIL EM RAZÃO DA TENRA IDADE DA CRIANÇA. MANUTENÇÃO DO INFANTE SOB A GUARDA DO PRETENSO PAI BIOLÓGICO E DA MÃE ADOTIVA QUE SOMENTE TERIA O CONDÃO DE PERPETRAR SITUAÇÃO IRREGULAR E ILEGAL, COM A QUAL NÃO SE PODE COADUNAR. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA OBSERVADO PELA REDE DE APOIO, PELOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E PELO MAGISTRADO CONDUTOR DA LIDE. DECISÃO MANTIDA.

RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Agravo n. 4004920-76.2018.8.24.0000, de Laguna, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, com votos vencedores dos Desembargadores Fernando Carioni e Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 10-04-2018).

E a Corte Superior, também em habeas corpus impetrado contra decisão que determinou a busca e apreensão de menor em ação de guarda, assentou que **"a jurisprudência do STF e do STJ evoluiu no sentido de não se admitir a impetração originária de habeas corpus como sucedâneo recursal, ressalvada a hipótese excepcional de concessão ex officio da ordem quando constatada flagrante ilegalidade ou decisão teratológica"** (HC 298.009/SP, Rel.Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 04/09/2014).

Na linha do entendimento firmado pela Corte Superior, ainda que incabível a impetração, há que se verificar se a decisão padece de manifesta teratologia ou ilegalidade a ponto de ser imperativa a aplicação de medida protetiva ex officio, até porque em procedimento que têm por objetivo primordial a salvaguarda física, moral e psicológica da criança, conta o julgador com amplitude discricionária mais significativa para sublevar aspectos jurídico- formalísticos a fim de conferir maior segurança e equidade às decisões que proferir.

Pois bem; ao determinar o abrigo do menor, a Magistrada a quo consignou que os "indicativos revelam, em análise sumária, que houve entrega pela mãe biológica de bebê para adoção irregular pelo pai registral e sua companheira são patentes, conforme relatos dos envolvidos e das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

testemunhas já ouvidas" (fl. 433).

Nem sempre a guarda de fato ou judicial deve ceder perante a cega obediência ao cadastro de pretendentes à adoção. O rol não pode inexoravelmente sobrepujar aos interesses da criança ou adolescente. A adoção direta, entretanto, que (nem tão) veladamente é o que pretende-se nos presentes autos, é medida excepcionalíssima, apenas viável nas hipóteses previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, abaixo elencadas:

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts.

237 ou 238 desta Lei.

§ 14. Nas hipóteses previstas no § 13 deste artigo, o candidato deverá comprovar, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção, conforme previsto nesta Lei. No caso dos autos, entretanto, ao que tudo indica, a manutenção do poder familiar dos réus, na prática, só consolidaria uma adoção ilegal do menor, com quem não tem laços sanguíneos.

Ainda que o casal aparente reunir condições materiais e psicológica para exercer o múnus, trata-se de violação ao instituto da adoção, que deve se sujeitar ao cadastro dos pretendentes legalmente habilitados.

Sobre o tema, assim decidiu este Tribunal de Justiça:

CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE TUTELA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. MÉRITO. APELANTE NÃO INSCRITA NO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO. GUARDA DE FATO POR CURTO LAPSO TEMPORAL. LAÇOS AFETIVOS AINDA NÃO SEDIMENTADOS. MANIFESTA INTENÇÃO DE FRAUDAR O SISTEMA CADASTRAL "CUIDA". SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Em face da necessidade de respeito ao cadastro de pretendentes à adoção, do pouco tempo de convivência entre a recorrente e a criança de 1 ano de idade e da falta de vínculo socioafetivo, mantém-se a decisão extintiva da ação de tutela, como forma de proteção, com exclusividade, dos interesses da criança (TJSC, Apelação Cível n. 2012.006251-9, da Capital, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 29-03-2012).

No caso dos autos, a atuação do órgão ministerial foi contemporânea ao nascimento do infante (o ajuizamento da ação ocorreu em 18.10.2017, pouco mais de um mês após o nascimento – 12/09/2017) e atualmente o bebê ainda conta com menos de 1 (um) ano de idade, razão pela qual, ao que tudo indica, não há uma situação consolidada em que a regularização, mediante encaminhamento da criança à adoção, traria dificuldades de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adaptação ou mesmo traumas à criança.

Dessa forma, em análise sumária do caso, não se verifica manifesta ilegalidade ou teratologia na decisão judicial que determinou a busca e apreensão do menor, ao menos suficiente para que seja tomada, de ofício, alguma medida protetiva contrária àquela decisão.
3. Por todo o exposto, tendo em vista a inadequação do procedimento adotado e na ausência de razões para a tomada de medidas ex officio, julga-se extinto o presente habeas corpus, sem análise do mérito, com fundamento na ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, nos termos do art. 485, IV, do Código de Processo Civil. Sem custas.[g.n.]

Contudo, a questão em exame encerra tema bastante sensível a requerer um olhar mais percuciente acerca dos argumentos expendidos no presente *writ*, com o intuito de se averiguar a existência de ilegalidade, abuso de poder ou teratologia.

O objetivo do presente *habeas corpus* é afastar o acolhimento institucional de menor impúbere que, à época da impetração, contava com menos de 1 (um) ano de idade e havia sido apreendido e acolhido há apenas 8 (oito) dias, consoante certificado pelo oficial de justiça à fl. 434, em razão de sua suposta adoção irregular.

Na espécie, o paciente, hoje com 11 (onze) meses de idade, encontrava-se sob os cuidados do pai registral, W.G.DO R, e de sua esposa, P.R.M.M, desde os 3 (três) dias de nascido, quando foi determinada a sua busca e apreensão com o imediato acolhimento institucional no bojo de uma ação de destituição do poder familiar proposta pelo Ministério Público Estadual.

Bem assim, a razão pela qual se determinou a busca e apreensão do infante e seu acolhimento institucional foi a alegada fraude realizada em seu registro de nascimento, com a consequente burla do cadastro nacional de adotantes, não havendo qualquer indício de que o infante tenha sofrido maus tratos, negligência ou abuso seja por parte dos genitores, seja por ato de terceiros estranhos.

Ao deferir a tutela de urgência, a MM. Juíza da 1ª Vara Cível da Comarca de Timbó/SC asseverou em sua decisão:

(...)

Repise-se, por se tratar de bebê de onze meses de idade, verifica-se que o vínculo afetivo existente é frágil e não pode ser argumento para a manutenção da criança com os requeridos, haja vista os fortes indícios de que houve **adoção irregular**, cuja conduta pode configurar, inclusive, infração penal.

Ora, é sabido que a prévia inscrição de adotantes em cadastro de adoção, com preparo psicossocial e jurídico (ECA art. 50, § 3.º), é exigência que visa proteger os direitos das crianças e dos adolescentes e preservar os seus melhores interesses, a fim de selecionar de forma rigorosa os futuros guardiões, que não podem ser aleatoriamente escolhidos pelos pais biológicos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, a manutenção da criança com os segundo e terceiro demandados, não habilitados à adoção e que com ele, ao que indicam as provas dos autos, não possui laços parentais, somente serviria de justificativa formal para, com força na consolidação de vínculos hoje incipientes, burlar o regramento da adoção imposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

(...) [g.n.]

3. Em relação ao mérito, é bem de ver que, sob o enfoque da doutrina da proteção integral e prioritária consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente — *Lei n. 8.069/1990* —, torna-se imperativa a observância do melhor interesse do infante, de sorte que o cabimento de medidas específicas de proteção, tal como o acolhimento institucional (art.101, VII, do ECA), apenas terá aptidão e incidência válida quando houver ameaça ou violação dos direitos reconhecidos pelo Estatuto, consoante exegese extraída do art. 98 do mesmo diploma.

Portanto, as medidas de proteção devem ser aplicadas sempre que as crianças ou os adolescentes estiverem em situação de risco, pois têm o objetivo precípua de afastar ou evitar o perigo ou a lesão aos direitos tutelados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

Assim, tem-se que a ação do Juiz no sentido de colmatar desvios — tanto no âmbito da ação estatal, quanto no âmbito familiar, seja por ato próprio da criança ou do adolescente, como também no domínio da sociedade — deve, necessariamente, ser pautada pela precisa identificação de situação concreta de ameaça ou violação de direitos, notadamente em se tratando da medida de proteção que impõe o acolhimento institucional, por ser esta orientada pelo caráter da excepcionalidade e da provisoriedade, nos termos do que dispõe o § 1º do art. 101 do ECA.

No caso em exame, vislumbro que a manutenção da guarda de A.M. DO R. com o casal W.G.DO R, o pai registral, e P.R.M.M, sua companheira, **não** representa uma situação concreta de ameaça ou violação de direitos do infante, pois nada há nos autos a demonstrar, ainda que vagamente, a ocorrência de exposição do infante a riscos para sua integridade física e psicológica.

Ao contrário, de vários excertos dos autos extraem-se informações de que o infante se encontrar bem cuidado e amparado pelo casal, a exemplo do depoimento da testemunha Cássio José Magalhães Matos, que, ao ser ouvido em juízo, destacou o bem-estar da criança, *in verbis*: "**que existe relações de afeto entre W.G.DO R, P.R.M.M e o infante; que tem conhecimento de que a criança é bem tratada; que W.G.DO R e P.R.M.M têm boa relação com o infante Abraão**"(e-STJ fl. 536).

Nesse diapasão, verifica-se que a decisão de acolhimento do infante fulcrou-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tão somente nos argumentos apontados pelo *Parquet* estadual de que houve adoção irregular mediante fraude no registro civil, sem, contudo, arrolar quaisquer evidências de que a criança esteja em situação de perigo físico ou psíquico ao conviver com o pai e a sua companheira.

A esse respeito, não se pode olvidar que o registro civil é dotado de fé pública e, até prova em contrário, impõe presunção de verdade em favor de suas declarações. Conclui-se, portanto, que a declaração do pai, ao reconhecer e registrar o filho, não pode ser elidida por simples argumentações e conjecturas acerca de sua autenticidade sob o ponto de vista da paternidade biológica. Mais do que isso, assim deve ser tal conclusão, pois é a que melhor prestigia o interesse da criança de ter reconhecida a sua paternidade, bem como de ter um lar e convívio familiar.

Por óbvio, tal presunção pode ser elidida por meio de prova idônea, a exemplo do teste de DNA. Todavia, até que se ultime a contraprova para verificar a paternidade biológica do pai registral do infante, não se pode concluir que a suposta adoção irregular, mediante fraude no registro civil, importe, por si só, em risco à integridade física ou psíquica do infante. Isso porque, valendo-se da técnica do art. 98 do ECA, que impõe a aplicação de medidas de proteção nas situações que especifica, não se prescinde, concretamente, da evidência de quaisquer situações de ameaça ou de violação de direitos tutelados naquele diploma.

Importa consignar que, em sede de contestação, W.G.DO R , o pai registral, e P.R.M.M, sua companheira, apresentaram exames médicos, comprovantes de vacinação e de acompanhamento pediátrico com o escopo de comprovar os cuidados dispensados ao infante (e-STJ fls. 306-328 e 332-340).

Não há, assim, em princípio, nenhum perigo em sua permanência com o pai registral, a despeito da alegação do Ministério Público de que houve adoção *intuitu personae*, a chamada "adoção à brasileira", ao menos até o julgamento final da lide principal, em trâmite na 1ª Vara Cível de Timbó/SC (Autos n. 0900779-66.2017.8.24.0073).

Diante desse contexto, tenho que a hipótese excepcionalíssima dos autos, justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento institucional da criança em abrigo ou entidade congênere, uma vez que, como se nota, não se subsume a nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA.

4. Sobre o tema, esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário, consoante se infere dos seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RELAÇÃO DE PARENTESCO. ADOÇÃO. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. SUSPEITA DE SIMULAÇÃO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE ACOlhIMENTO INSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, ao preconizar a doutrina da proteção integral (artigo 1º da Lei n. 8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança. As medidas de proteção, tais como o acolhimento institucional, são adotadas quando verificada quaisquer das hipóteses do art. 98 do ECA.

2. No caso em exame, a avaliação realizada pelo serviço social judiciário constatou que a criança E K está recebendo os cuidados e atenção adequados às suas necessidades básicas e afetivas na residência do impetrante. Não há, assim, em princípio, qualquer perigo em sua permanência com o pai registral, a despeito da alegação do Ministério Público de que houve adoção intuitu personae, a chamada "adoção à brasileira", ao menos até o julgamento final da lide principal.

3. A hipótese dos autos, excepcionalíssima, justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento de abrigo da criança, vez que não se subsume a nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA.

4. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário.

5. É verdade que o art. 50 do ECA preconiza a manutenção, em comarca ou foro regional, de um registro de pessoas interessadas na adoção. Porém, a observância da preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar criança não é absoluta, pois há de prevalecer o princípio do melhor interesse do menor, norteador do sistema protecionista da criança.

6. As questões suscitadas nesta Corte na presente via não infirmam a necessidade de efetiva instauração do processo de adoção, que não pode ser descartado pelas partes. Na ocasião, será imperiosa a realização de estudo social e aferição das condições morais e materiais para a adoção da menor. Entretanto, não vislumbro razoabilidade na transferência da guarda da criança - primeiro a um abrigo e depois a outro casal cadastrado na lista geral -, sem que se desatenda ou ignore o real interesse da menor e com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade na fase mais vulnerável do ser humano.

7. Ordem concedida.

(HC 279059/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 28/02/2014).[g.n.]

HABEAS CORPUS. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA E ADOÇÃO. MENOR IMPÚBERE (3 MESES DE VIDA) ENTREGUE PELA MÃE À CASAL INTERESSADO EM SUA ADOÇÃO. GUARDIÃES DE FATO. SITUAÇÃO IRREGULAR. AÇÃO DE ACOlhIMENTO INSTITUCIONAL AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. BUSCA E APREENSÃO DEFERIDA EM PRIMEIRO GRAU. LIMINAR NEGADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ENCAMINHAMENTO DO PACIENTE AO ABRIGO. MEDIDA TERATOLÓGICA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. Denúncia anônima formalizada junto ao Conselho Tutelar local de que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

menor, ora paciente, estaria sendo vítima de maus-tratos, tendo, ainda, sido adotado de forma ilegal. Malgrado afastada, de plano, a ocorrência de maus-tratos, o MPE ajuizou ação de acolhimento institucional requerendo a busca e apreensão do menor e seu imediato encaminhamento à abrigo, sob o principal argumento de ter havido "adoção/guarda" irregular.

6. Situação anômala que, entretanto, não importou em prejuízo ao infante, pelo contrário, ainda que momentaneamente, a guarda de fato tem se revelado satisfatória aos seus interesses, havendo rico lastro probatório que exsurge à demonstração de que os guardiães tem dispensado cuidados (médicos, assistenciais, afetivos etc.) suficientes à elisão de qualquer risco imediato à integridade física e/ou psíquica do menor.

7. Não se descarta que a higidez do processo de adoção é um dos objetivos primordiais a ser perseguido pelo Estado, no que toca à sua responsabilidade com o bem-estar de menores desamparados, tampouco que, na busca desse desiderato, a adoção deve respeitar rígido procedimento de controle e fiscalização estatal, com a observância, v.g., do Cadastro Único Informatizado de Adoções e Abrigos (CUIDA), o qual, aliás, pelos indícios probatórios disponíveis, teria sido vulnerado na busca de uma adoção intuito personae.

9. Contudo, o fim legítimo não justifica o meio ilegítimo para sancionar aqueles que burlam as regras relativas à adoção, principalmente quando a decisão judicial implica evidente prejuízo psicológico para o objeto primário da proteção estatal para a hipótese: a própria criança.

10. Ademais, dita burla ainda está no campo do juízo perfunctório, o que igualmente torna temerária a adoção de um procedimento que, por sua natural demora, pode prolongar a permanência do menor em abrigo ou instituição de acolhimento, numa verdadeira inversão da ordem legal imposta pelo ECA, na qual esta opção deve ser a última e não a primeira a ser utilizada.

11. Medida que, na hipótese, notoriamente beira a teratologia, pois inconcebível se presumir que um local de acolhimento institucional possa ser preferível a um lar estabelecido, onde a criança não sofre nenhum tipo de violência física ou moral.

12. Ordem concedida de ofício.

(HC 274845/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 29/11/2013)

HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. ADOÇÃO.

- Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como o melhor interesse do infante.

- Ordem concedida.

(HC 221594/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 21/03/2012)

PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR VISANDO A ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. ANULAÇÃO DE REGISTRO. PERDA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO PODER FAMILIAR. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A medida cautelar que busca emprestar efeito suspensivo a recurso especial, de regra, só poderá ser apreciada se houver prévio juízo de admissibilidade do recurso especial, pelo Tribunal de origem.

2. Excepcionalmente, porém, é possível sua análise pelo STJ sempre que se constate a concomitante existência de uma decisão manifestamente ilegal, a plausibilidade do recurso especial e a existência de evidente risco de perecimento do direito pleiteado, em decorrência da natural demora do curso normal do recurso especial.

3. **Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como o melhor interesse do infante.**

4. **Ressalvada a existência de situações de evidente risco para os menores, nos processos em que haja disputa pela custódia física de uma criança, devem ser evitadas determinações judiciais de alterações de guarda e, conseqüentemente, de residência das crianças ou adolescentes, para preservá-las dos fluxos e refluxos processuais.**

5. Agravo na medida cautelar provido, para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto pelos agravantes, com determinação de imediata busca e apreensão de L.V.M., e sua restituição ao lar do agravante.

(AgRg na MC 18329/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 28/11/2011)

No mesmo sentido, confirmam-se as seguintes decisões monocráticas: HC n. 268943/SP, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgado em 26/4/2013; HC n. 250203/SP, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, julgado em 7/8/2012; MC n. 15097/MG, Relator Ministro MASSAMI UYEDA, julgado em 17/12/2008.

Ressalte-se, por oportuno, que os postulados da proteção integral e do atendimento prioritário, dos quais se extrai também a superioridade do melhor interesse da criança e do adolescente, são mais do que apenas princípios, pois, segundo a melhor doutrina, traduzem verdadeiras regras jurídicas de cumprimento e observância obrigatórios.

Portanto, devem-se afastar medidas que, embora *prima facie* pareçam atender ao caráter de proteção da norma, diante do caso concreto, revelam-se como excessivo formalismo a aviltar o melhor interesse da criança de conviver em um lar estabelecido.

Em outros termos, repita-se, a aplicação de medida protetiva de acolhimento institucional é regida pelo caráter de provisoriedade e excepcionalidade, deduzindo-se que sua duração deverá ser pelo menor tempo possível e só pelo imprescindível até o retorno da criança ou do adolescente à família natural ou adotiva, bem como não deverá ser imposta diante de outra alternativa que atenda ao melhor interesse da criança.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Ao prever a manutenção dos cadastros de adotantes e adotandos tanto no âmbito local e estadual quanto em nível nacional — este último regulamentado pela Resolução n. 54/2008 do Conselho Nacional de Justiça — a disciplina do art. 50 do ECA visa conferir maior transparência, efetividade, segurança e celeridade ao processo de adoção, assim como obstar a adoção *intuitu personae*. Todavia, não se pode perder de vista que o registro e a classificação de pessoas interessadas em adotar não têm um fim em si mesmos, antes devem servir, precipuamente, ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes.

Assim, a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para a adoção não tem um caráter absoluto, pois deverá ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a razão de ser de todo o sistema de proteção erigido pelo Estatuto, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar.

Pondero, no entanto, que tal conclusão não infirma a importância dos cadastros de adoção para a aproximação entre as crianças e os adolescentes que aguardam por uma família nos abrigos brasileiros e as pessoas de todos os Estados que pretendam adotar. Apenas ressalvo a necessidade de serem analisadas caso a caso todas as situações que conduzam ao abrigamento de menor, pois, decerto, a sua institucionalização, em detrimento da sua manutenção no lar familiar, salvo evidente risco concretamente identificado, não é a solução que traduz o seu melhor interesse.

Colhe-se do escólio de abalizada doutrina:

A regra geral de que somente as pessoas inseridas nas listas é que podem adotar exige temperamentos. Com efeito, a própria legislação, no § 13 do art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, autoriza a adoção por família ou pessoa não cadastrada, havendo a comprovação do preenchimento dos requisitos exigidos pelo sistema. **Outrossim, com base nos princípios informadores da adoção, em especial a proteção integral infantojuvenil e a real vantagem ao adotando, é possível ao juiz, em cada caso concreto, autorizar a adoção por pessoa ou casal fora da lista ou fora de sua vez. É que, ao nosso visto, a adoção deve ter em mira a proteção dos interesses da criança ou adolescente, e não dos adultos interessados em adotar.** (DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 1020)

Nesse sentido também é a doutrina de Maria Berenice Dias:

Existe uma exacerbada tendência de sacralizar a lista das pessoas cadastradas à adoção (...) **É tal a intransigência e a cega obediência à ordem de preferência que se deixa de atender a situações em que, mais do que necessário, é recomendável deferir a adoção sem atentar à listagem (...)**

(DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 12. ed. São Paulo:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Revista dos Tribunais, 2017. p. 527)

Em casos análogos, esta Corte Superior, ao aplicar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, relativizou a obrigatoriedade da observância do cadastro de adotantes. Confira-se:

HABEAS CORPUS. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C COM ADOÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. CADASTRO DE ADOTANTES. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ORDEM CONCEDIDA.

1.- Não é do melhor interesse da criança o acolhimento institucional ou familiar temporário, salvo diante de evidente risco à sua integridade física ou psíquica, circunstância que não se faz presente no caso dos autos. Precedentes.

2.- **A observância do cadastro de adotantes, não é absoluta. A regra legal deve ser excepcionada em prol do princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção ao menor. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, como no presente caso.**

3.- Ordem concedida.

(HC 2294729/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 29/08/2014).[g.n.]

RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro;

II - É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n.

1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo;

III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o consequente vínculo de afetividade;

IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente;

V - O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda.

Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança;

VI - Recurso Especial provido.

(REsp 1172067/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 14/04/2010)

A hipótese presente exige, por certo, uma ponderação de interesses a serem solvidos com a aplicação dos princípios que norteiam o sistema de proteção integral e prioritária da criança e do adolescente, temperados pelo olhar sensível do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente não se rege pelo critério da legalidade estrita, mas sim pelo critério finalístico que se alcança por meio de uma interpretação teleológica objetivando os fins sociais a que a lei se dirige, consoante o art. 6º do citado diploma.

6. Observe-se, finalmente, que as questões suscitadas nesta Corte na presente via não infirmam a necessidade de efetiva instauração do processo de adoção, que não pode ser descartado pelas partes. Na ocasião, será imperiosa a realização de estudo social e aferição das condições morais e materiais para a adoção do infante.

Entretanto, não vislumbro razoabilidade na transferência da guarda da criança — primeiro, para um abrigo e, depois, para outro casal cadastrado na lista geral —, sem que se desatenda ao real interesse do infante, com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade na fase mais vulnerável do ser humano. Essa solução, a meu sentir, evidenciaria um desvirtuamento da regra máxima de proteção e do princípio do melhor interesse da criança.

Corroborando aqui explicitado a presente doutrina:

O Judiciário não pode ignorar as mudanças do comportamento humano no campo de família. O fetichismo das normas há de ceder à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justiça do caso concreto, quando o juiz tem que optar entre o formalismo das regras jurídicas e a realização humana e mais socialmente útil do direito. Na dúvida, há sempre que escolher a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana.

Nesse dilema, privilegiar a verdade biológica e a sócio-afetiva, ainda que sobre aquele não paire quaisquer dúvidas em razão do exame de DNA, é possível ficar com a segunda em detrimento da primeira. Para isso, não é necessário grande esforço de raciocínio, mas uma simples ponderação teleológica, segundo a qual, da aplicação do direito, não deve resultar injustiças (CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame do DNA, na hipótese da 'adoção à brasileira'. In Revista de Direito Privado. Coordenação Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. v. 14, n. 13, ano 4 - janeiro-março 2003, p. 87).

7. Ante o exposto, concedo a ordem para que o paciente A.M. DO R permaneça sob os cuidados de W.G.DOR, o pai registral, e de P.R.M.M. sua companheira, até que se ultime, com trânsito em julgado, o exame de mérito do processo n. 0900779-66.2017.8.24.0073.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 468.691 - SC (2018/0235380-2)

VOTO

Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI: Senhor Presidente, vou concordar, dada a situação excepcionalíssima: o tempo em que essa criança já está com o pai registral e a circunstância de que se trata de pai registral; haveria, pois, necessidade de desconstituição do registro. Não há mera intenção de adotar, há uma declaração em documento público de que ele seria o pai. Faço apenas ressalva quanto ao cabimento da ordem de *habeas corpus*. Em princípio, penso que não seria cabível e que essas questões devem ser resolvidas no âmbito do direito de família e não em *habeas corpus*. Há, todavia, precedentes da Terceira Turma e a situação, no caso, é bastante excepcional.

Por esse motivo, acompanho o voto do eminente Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2018/0235380-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 468.691 / SC

Números Origem: 40232910720188240900 8005918420178240000 9007796620178240073 92017000087110

PAUTA: 12/02/2019

JULGADO: 12/02/2019

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MARCELO ANTÔNIO MUSCOGLIATI

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO CORDEIRO
ADVOGADO : RODRIGO CORDEIRO - SC034354
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : A M DO R

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família

CERTIDÃO

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

A Quarta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com ressalvas de entendimento da Ministra Maria Isabel Gallotti.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.