



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 878386 - ES (2023/0457671-0)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
IMPETRANTE : NUBIA ROCHA DOS PASSOS
IMPETRANTE : LUIZ CARLOS MOREIRA
ADVOGADOS : ANA PAULA NEU RECHDEN - RS046194
MARIA BERENICE DIAS - RS074024
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : N N
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

CIVIL. *HABEAS CORPUS*. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA DE MENOR. POSSÍVEL ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES. EXAME DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE ACOLHIMENTO DE CRIANÇA DE TENRA IDADE EM VIRTUDE DE BURLA AO CADASTRO DO SISTEMA NACIONAL DE ADOÇÃO E DE INOBSERVÂNCIA DO RITO DE ADOÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE RISCO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DO INFANTE SOB OS CUIDADOS DA FAMÍLIA ACOLHEDORA HÁ MAIS DE 1 (UM) ANO E 7 (SETE) MESES. CADASTRO DE ADOTANTES DEVE SER SOPESADO COM O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. FORMAÇÃO DE SUFICIENTE VÍNCULO AFETIVO ENTRE O INFANTE E A FAMÍLIA SUBSTITUTA. PRIMAZIA DO ACOLHIMENTO FAMILIAR EM DETRIMENTO DA COLOCAÇÃO EM ABRIGO INSTITUCIONAL. PRECEDENTES DO STJ. ILEGALIDADE DO ACÓRDÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO, EXCEPCIONALMENTE, CONFIRMANDO A LIMINAR JÁ DEFERIDA.

1. Não é admissível a utilização de *habeas corpus* como sucedâneo ou substitutivo do cabível recurso ordinário. Possibilidade excepcional de concessão da ordem de ofício. Precedentes.

2. Por expressa previsão constitucional e infraconstitucional, as crianças e os adolescentes têm o direito de ver assegurado pelo Estado e pela sociedade o atendimento prioritário do seu melhor interesse e garantida suas proteções integrais, devendo tais premissas orientar o seu aplicador, principalmente, nas situações que envolvam abrigo institucional.
3. A jurisprudência desta Eg. Corte Superior, em observância a tal princípio, consolidou-se no sentido da primazia do acolhimento familiar em detrimento da colocação de menor em abrigo institucional, salvo quando houver evidente risco concreto à sua integridade física e psíquica, de modo a se preservar os laços afetivos eventualmente 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 lema do melhor interesse da criança ou 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. Ordem de *habeas corpus*, excepcionalmente, concedida de ofício, confirmando a liminar já deferida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, excepcionalmente, conceder de ofício a ordem de *habeas corpus*, confirmando a liminar já deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Humberto Martins (Presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de abril de 2024.

Ministro MOURA RIBEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 878386 - ES (2023/0457671-0)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
IMPETRANTE : NUBIA ROCHA DOS PASSOS
IMPETRANTE : LUIZ CARLOS MOREIRA
ADVOGADOS : ANA PAULA NEU RECHDEN - RS046194
MARIA BERENICE DIAS - RS074024
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : N N
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

CIVIL. *HABEAS CORPUS*. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA DE MENOR. POSSÍVEL ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES. EXAME DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE ACOLHIMENTO DE CRIANÇA DE TENRA IDADE EM VIRTUDE DE BURLA AO CADASTRO DO SISTEMA NACIONAL DE ADOÇÃO E DE INOBSERVÂNCIA DO RITO DE ADOÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE RISCO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DO INFANTE SOB OS CUIDADOS DA FAMÍLIA ACOLHEDORA HÁ MAIS DE 1 (UM) ANO E 7 (SETE) MESES. CADASTRO DE ADOTANTES DEVE SER SOPESADO COM O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. FORMAÇÃO DE SUFICIENTE VÍNCULO AFETIVO ENTRE O INFANTE E A FAMÍLIA SUBSTITUTA. PRIMAZIA DO ACOLHIMENTO FAMILIAR EM DETRIMENTO DA COLOCAÇÃO EM ABRIGO INSTITUCIONAL. PRECEDENTES DO STJ. ILEGALIDADE DO ACÓRDÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO, EXCEPCIONALMENTE, CONFIRMANDO A LIMINAR JÁ DEFERIDA.

1. Não é admissível a utilização de *habeas corpus* como sucedâneo ou substitutivo do cabível recurso ordinário. Possibilidade excepcional de concessão da ordem de ofício. Precedentes.

2. Por expressa previsão constitucional e infraconstitucional, as crianças e os adolescentes têm o direito de ver assegurado pelo Estado e pela sociedade o atendimento prioritário do seu melhor interesse e garantida suas proteções integrais, devendo tais premissas orientar o seu aplicador, principalmente, nas situações que envolvam abrigo institucional.
3. A jurisprudência desta Eg. Corte Superior, em observância a tal princípio, consolidou-se no sentido da primazia do acolhimento familiar em detrimento da colocação de menor em abrigo institucional, salvo quando houver evidente risco concreto à sua integridade física e psíquica, de modo a se preservar os laços afetivos eventualmente 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 lema do melhor interesse da criança ou 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. Ordem de *habeas corpus*, excepcionalmente, concedida de ofício, confirmando a liminar já deferida.

RELATÓRIO

NÚBIA ROCHA DOS PASSOS e LUIZ CARLOS MOREIRA impetraram *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, em benefício do menor N. N. (N.), atualmente com 1 (um) ano e 7 (sete) meses de idade (DN: 19/8/2022), contra acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJ/ES), de relatoria do Desembargador NAMYR CARLOS DE SOUZA FILHO, que no julgamento do Agravo de Instrumento nº 5005062-34.2023.8.08.0000, reformou decisão do Juízo que havia deferido a guarda provisória da criança para os ora impetrantes e determinou a sua colocação em abrigo institucional, assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO INTERNO. ADOÇÃO "INTUITU PERSONAE". VIOLAÇÃO AOS TRÂMITES DO PROCEDIMENTO DE HABILITAÇÃO PREVISTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECORRIDOS QUE NÃO ESTÃO CADASTRADOS NO PROGRAMA DE ACOLHIMENTO FAMILIAR OU NO CADASTRO NACIONAL DE ADOTANTES. IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO CHANCELAR FLAGRANTE INTENÇÃO DE BURLA À HABILITAÇÃO EM

PROGRAMA DE ACOLHIMENTO FAMILIAR E À ORDEM DO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO REFORMADA. GUARDA PROVISÓRIA INDEFERIDA. NECESSIDADE DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. COLOCAÇÃO DO INFANTE EM FAMÍLIA SUBSTITUTA CADASTRADA FORMALMENTE PARA A ADOÇÃO. RECURSO DE AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

I. A Adoção "Intuitu Personae" é aquela que ocorre quando a mãe biológica manifesta o interesse em entregar a criança a determinada pessoa conhecida, sem que essa conste no Cadastro Nacional de Adoção, em nítida violação aos trâmites do procedimento de habilitação previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90.

II. Na hipótese, os Autores, ora Recorridos, pugnam pela guarda provisória do menor, a despeito inclusive de não possuírem qualquer grau de parentesco com o mesmo, sob a alegação de serem padrinhos da criança e amigos de longa data da Genitora do menor, apesar de a relação de afinidade com os parentes biológicos do menor não ter sido comprovada nos autos.

III. O procedimento adotado pelos Recorridos encontra-se em desacordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê, no § 2º, do artigo 34, que "a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou adolescente mediante guarda, observado o disposto nos arts. 28 a 33 desta Lei".

IV. A jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça possui entendimento de que "a colocação da criança em família substituta, na modalidade guarda, não deve ser empregada para criar situação fática que, futuramente, venha a ser invocada como justificativa para subverter as formalidades legais exigidas para o rigoroso procedimento da adoção" (TJES, AI 0003130-05.2016.8.08.0045; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Telêmaco Antunes de Abreu Filho; Julg. 25/04/2017; DJES 05/05/2017). A jurisprudência pátria também rechaça de forma uníssona o referido comportamento.

V. A Recomendação do CNJ sob nº 08/2012 preconiza "aos juízes com jurisdição na infância e juventude que ao conceder a guarda provisória, em se tratando de criança com idade menor ou igual a 3 anos, seja ela concedida somente a pessoas ou casais previamente habilitados nos cadastros a que se refere o art. 50 do ECA, em consulta a ser feita pela ordem cronológica da data de habilitação na seguinte ordem: primeiro os da comarca; esgotados eles, os do Estado e, em não havendo, os do Cadastro Nacional de Adoção", situação que não restou observada nos autos, sendo concedida a guarda provisória do menor aos Recorridos que não se encontram cadastrados no Programa de Acolhimento Familiar ou no Cadastro Nacional de Adotantes.

VI. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a adoção por pessoa domiciliada no Brasil, não cadastrado previamente, apenas nas hipóteses previstas no § 13, do artigo 50. "In casu", constata-se a existência de que o pleito de guarda da criança, formulado pelos Autores/Recorridos, busca, em verdade, futura adoção intuitu personae, considerada prática ilegal, cujo objetivo deve ser rechaçada pelos Tribunais de Justiça, sendo imperioso destacar que a situação dos Autores não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, em que se permite a adoção por pessoa não cadastrada.

VII. A criança completou um ano de idade, em 19.08.2023, não sendo possível atestar vínculo afetivo suficiente para afastar a flexibilização das normas e políticas atinentes à espécie.

VIII. A "concessão da guarda que, sob as circunstâncias, importaria em chancela à flagrante intenção de burla à habilitação em programa de acolhimento familiar e à ordem do cadastro nacional de adoção, o que não se admite" (TJPR; Rec 0001001-48.2020.8.16.0050; Bandeirantes;

Décima Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Rogério Etzel; Julg. 08/02/2022; DJPR10/02/2022).

IX. Resta imperioso o indeferimento, aos Recorridos, NÚBIA ROCHA DOS PASSOS E LUIZ CARLOS MOREIRA, da Guarda Provisória da criança N N, impondo-se, via de consequência “o acolhimento institucional e, em sequência, a colocação do infante em família substituta cadastrada formalmente para a adoção” (STJ - HC: 620403 SP 2020/0274623-9, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 02/03/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/03/2021).

X. Recurso de Agravo de Instrumento conhecido e provido, para reformar a Decisão combatida, indeferindo aos Recorridos NÚBIA ROCHA DOS PASSOS e LUIZ CARLOS MOREIRA a Guarda Provisória da criança N N, impondo-se, via de consequência, o acolhimento institucional e, em sequência, a colocação do infante em família substituta cadastrada formalmente para a adoção. Recurso de Agravo Interno prejudicado (e-STJ, fls. 23/25).

Os IMPETRANTES afirmaram que não se justifica o acolhimento institucional do PACIENTE, devendo ser restabelecida a decisão interlocutória do Juízo de primeiro grau que lhes deferiu a guarda provisória.

Segundo narrado, a genitora em virtude de problemas de saúde não tem condições de ficar com o menor e, considerando o vínculo de amizade com os IMPETRANTES, ela lhes confiou a guarda do filho desde o nascimento.

Assinalaram que o acórdão recorrido relegou para o segundo plano o melhor interesse da criança e a sua tenra idade, ordenando o seu acolhimento em uma instituição de abrigo quando ela já estava amparada e ambientada no seio de uma família, o que lhe fere indubitavelmente a dignidade.

Acrescentaram que, para regularizar essa situação fática, compareceram todos no Conselho Tutelar de Serra/ES onde firmaram Termo de Responsabilidade e também ajuizaram ação de guarda perante o Juízo de Direito da 1ª Vara da Infância e Juventude dali (Proc. nº 5011277-76.2023.8.08.0048), que lhes deferiu a guarda provisória.

Contra essa decisão, o Ministério Público do Espírito Santo interpôs agravo de instrumento o qual veio a ser provido pelo TJ/ES, nos termos do acórdão acima indicado (Agravo de Instrumento nº 5005062-34.2023.8.08.0000).

Destacaram que, após o deferimento da guarda provisória, a Equipe Interdisciplinar do 1º Juizado da Infância e Juventude da Serra/ES emitiu relatório psicológico favorável à manutenção do convívio familiar entre o PACIENTE e os IMPETRANTES, tendo em vista a formação de vínculo socioafetivo.

Deferi a liminar aos 18/12/2023, para determinar que o PACIENTE

retornasse e permanecesse sob os cuidados dos guardiões até o julgamento do mérito deste *writ* (e-STJ, fls. 85/90)

Recebi as informações (e-STJ, fls. 101/109 e 112/113).

O Ministério Público Federal, no parecer lançado pelo em. Subprocurador-Geral da República, Dr. ANTÔNIO CARLOS MARTINS SOARES, opinou pela concessão da ordem (e-STJ, fls. 114/122).

É o relatório.

VOTO

De início, cabe ressaltar que nos termos da jurisprudência desta eg. Corte Superior, não se admite a impetração de *habeas corpus* como sucedâneo ou substitutivo do cabível recurso ordinário, em especial, no caso em que se impugnou acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJ/ES), que deu provimento a agravo de instrumento interposto contra decisão monocrática, no qual seria cabível a interposição de recurso especial.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS". DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO DAS MENSALIDADES ESCOLARES DOS ALIMENTANDOS EM PECÚNIA. POSSIBILIDADE. 1. Inadmissível o uso do "habeas corpus" contra decisão que, na origem, denega o "writ" lá impetrado, em face do cabimento de recurso ordinário, não se podendo utilizar do em "habeas corpus" como sucedâneo recursal.

[...]

7."HABEAS CORPUS" NÃO CONHECIDO, INEXISTINDO ILEGALIDADE A SER RECONHECIDA DE OFÍCIO.

(HC nº 750.556/MG, relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022, sem destaque no original.)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO "HABEAS CORPUS". PRISÃO CIVIL. ALIMENTOS. "HABEAS CORPUS" IMPETRADO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO CABÍVEL. INVIABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO EXAMINADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÕES RELACIONADAS À CONDIÇÃO ECONÔMICA DA ALIMENTANDA. NECESSIDADE DE INCURSÃO NO ACERVO FÁTICOPROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de não ser admissível a utilização de "habeas corpus" como sucedâneo ou substitutivo de recurso cabível.

[...]

4. Agravo interno desprovido.

(AglInt no HC nº 629.081/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado aos 29/3/2021, DJe de 6/4/2021, sem

destaque no original)

Não obstante tal orientação jurisprudencial, existe, excepcionalmente, a possibilidade de concessão da ordem de ofício, na hipótese em que se verificar que alguém sofre ou está sofrendo constrangimento em sua liberdade de locomoção em virtude de decisão manifestamente ilegal ou teratológica, o que **é o caso**, como se verá a seguir.

Na espécie, discute-se se houve ilegalidade flagrante ou teratologia no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santos que, aos 21/11/2023, no julgamento do agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público estadual, cassou a decisão que havia concedido provisoriamente a guarda de N. para os IMPETRANTES, e determinou que ela fosse acolhida em abrigo.

Impõe-se, já para melhor compreensão dessa sensível controvérsia, fazer um indispensável relato dos fatos importantes que antecederam a impetração, de acordo com o acervo de documentos que instruem o feito, que são suficientes, ao meu sentir, para um pronunciamento seguro desta eg. Corte Superior.

Os IMPETRANTES ajuizaram ação de guarda consensual provisória, com pedido liminar de tutela provisória de urgência (8/5/2023) do menor N., para regularizar a situação fática existente há 9 (nove) meses, narrando que mantinham amizade com a família da mãe biológica antes do nascimento e que lhes foi confiada a guarda porque ela não tinha condições de cuidar dele em virtude de problemas de saúde (e-STJ, fls. 62/64).

Acrescentaram que o acolheram desde os primeiros dias de vida e se afeiçoaram, são registrados como padrinhos perante a Igreja Católica e assinaram, com anuência da genitora de N., Termo de Responsabilidade perante o Conselho Tutelar de Serra/ES, ressaltando que não era a hipótese de adoção irregular ou burla ao cadastro de adotantes.

O Juízo da 1ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Serra/ES aos 11/5/2023, nos autos da ação de guarda (Proc. nº 5011277-76.2023.8.08.0048) deferiu a guarda provisória de N. para os ora IMPETRANTES, até ulterior deliberação, nestes termos:

“Da análise dos autos, verifico que os autores não possuem grau de parentesco com a criança, contudo exercem a guarda fática do infante há aproximadamente 06 (seis) meses, com a anuência da genitora. Outrossim, cumpre salientar que a Guarda é uma medida de natureza precária, que pode ser revogada a qualquer tempo, haja vista que se destina a regularizar a situação fática em relação à posse da criança, o que se adequa ao caso in comento. Importante ressaltar que, quando se trata de interesse envolvendo crianças e adolescentes, deve o julgador sempre se atentar para o

direito que melhor os resguarde.

Neste contexto, em que pese a manifestação do Ministério Público, entendendo que em cognição sumária, a guarda provisória pleiteada em sede liminar, atende ao Melhor Interesse do Infante em tela (e-STJ, fl. 56).

Em seguida, o Ministério Público estadual interpôs agravo de instrumento alegando que (1) recebe constantemente informações dos hospitais quando há indícios de adoção ilegal com entrega do infante ao acompanhante, com os quais criam laços afetivos e, após alguns meses, pedem a guarda, violando a legislação; e (2) N., de forma totalmente irregular, foi entregue ao casal requerente, sem nenhum parentesco com a sua genitora e sem demonstração de vínculo de amizade entre eles, havendo sérios indícios de possível adoção irregular.

O Tribunal capixaba deu provimento ao agravo para reformar a decisão combatida pelo *Parquet*, indeferindo o pedido de guarda provisória da criança e impondo o seu acolhimento institucional e, em sequência, a colocação em família substituta cadastrada formalmente para adoção, nos seguintes fundamentos:

[...]

Em análise aos autos, verifica-se que os Autores, ora Recorridos, pugnam pela guarda provisória do menor, a despeito inclusive de não possuírem qualquer grau de parentesco com o mesmo, sob a alegação de serem padrinhos da criança e amigos de longa data da Genitora do menor, apesar de a relação de afinidade com os parentes biológicos do menor não ter sido comprovada nos autos.

Nesta seara, cumpre elucidar que o procedimento adotado pelos Recorridos encontra-se em desacordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê, no § 2º, do artigo 34, que “a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou adolescente mediante guarda, observado o disposto nos arts. 28 a 33 desta Lei”.

*Ademais, a jurisprudência deste **Egrégio Tribunal de Justiça** possui entendimento de que “a colocação da criança em família substituta, na modalidade guarda, não deve ser empregada para criar situação fática que, futuramente, venha a ser invocada como justificativa para subverter as formalidades legais exigidas para o rigoroso procedimento da adoção” (TJES, AI 0003130-05.2016.8.08.0045; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Telêmaco Antunes de Abreu Filho; Julg.25/04/2017; DJES 05/05/2017).*

*Frisa-se, ainda, que a **Recomendação do CNJ sob nº 08/2012** preconiza “aos juízes com jurisdição na infância e juventude que ao conceder a guarda provisória, em se tratando de **criança com idade menor ou igual a 3 anos**, seja ela concedida somente a pessoas ou casais previamente habilitados nos cadastros a que se refere o art. 50 do ECA, em consulta a ser feita pela ordem cronológica da data de habilitação na seguinte ordem: primeiro os da comarca; esgotados eles, os do Estado e, em não havendo, os do Cadastro Nacional de Adoção”, situação que não restou observada nos autos, sendo concedida a guarda provisória do menor aos Recorridos que, repisa-se, **não se encontram cadastrados no Programa de Acolhimento Familiar ou no Cadastro Nacional de Adotantes**.*

*Cumpra elucidar, ainda, que o **Estatuto da Criança e do Adolescente***

prevê a adoção por pessoa domiciliada no Brasil, não cadastrado previamente, **apenas nas seguintes hipóteses, previstas no § 13, do artigo 50, "in litteris":**

"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.***

*No caso dos autos, conforme elucidado, **constata-se a existência de que o pleito de guarda da criança, formulado pelos Autores/Recorridos, busca, em verdade, futura adoção "intuitu personae", considerada prática ilegal, cujo objetivo deve ser rechaçada pelos Tribunais de Justiça, sendo imperioso destacar que a situação dos Autores não se enquadra em nenhuma das hipóteses acima elencadas, em que se permite a adoção por pessoa não cadastrada.***

Destaca-se, por oportuno e relevante, que a criança completou um ano de idade, em 19.08.2023, não sendo possível atestar vínculo afetivo suficiente para afastar a flexibilização das normas e políticas atinentes à espécie.

Conforme frisado pela jurisprudência, a "concessão da guarda que, sob as circunstâncias, importaria em chancela à flagrante intenção de burla à habilitação em programa de acolhimento familiar e à ordem do cadastro nacional de adoção, o que não se admite" (TJPR; Rec 0001001-48.2020.8.16.0050; Bandeirantes; Décima Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Rogério Etzel; Julg. 08/02/2022; DJPR 10/02/2022).

Em sendo assim, resta imperioso o indeferimento, aos Recorridos, NÚBIA (sic) E LUIZ CARLOS (sic), da Guarda Provisória da criança NÍCOLAS (sic), impondo-se, via de consequência "o acolhimento institucional e, em sequência, a colocação do infante em família substituta cadastrada formalmente para a adoção"(STJ-HC: 620403 SP 2020/0274623-9, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 02/03/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/03/2021) (e-STJ, fls. 35/37, destaques do original).

Foi impetrado, então, o presente *habeas corpus*, pelos fundamentos já externados no relatório, que, a meu sentir, merece prosperar.

Como dito acima, a controvérsia diz respeito a legalidade ou não da determinação judicial de apreensão e encaminhamento para abrigo institucional do infante N., nascido aos 19/8/2022 e atualmente com 1 (um) ano e 7 (sete) meses de

vida, que, até então, estava sob os cuidados dos guardiões NÚBIA e LUIZ CARLOS, ora IMPETRANTES.

De acordo com os autos, N. foi entregue por M. S. N. (M.), sua genitora, para ser criado pelo casal NÚBIA e LUIZ CARLOS aos 2/9/2022, com poucos dias de vida e, quando estava com 1 (um) ano de 4 (quatro) meses, houve determinação para que fosse acolhido institucionalmente, não havendo notícias nos autos de que o mandado de busca e apreensão chegou a ser cumprido.

De qualquer sorte, deferi a liminar neste *writ* para que N. permanecesse com os IMPETRANTES, sob a guarda de fato deles, pelo menos até o julgamento do mérito desta ação constitucional.

A questão é delicadíssima pois envolve interesse prioritário do menor N., que possivelmente foi levado para abrigo institucional em virtude de suspeita de ocorrência da adoção irregular, em especial, a burla a ordem dos cadastrados no Sistema Nacional de Adoção e para evitar a formação de vínculo afetivo com os pretensos guardiões/adotantes.

Essas demandas, que volta e meia batem à porta do STJ, envolvendo interesses supremos de crianças supostamente adotadas ilegalmente, no caso, de tenra idade que, por expressa disposição constitucional e infraconstitucional, têm o direito de ver assegurado pelo Estado e pela sociedade o atendimento prioritário do seu melhor interesse e garantido a sua proteção integral, devendo tais premissas orientar o aplicador da norma jurídica.

Como é sabido, nesses casos complexos e sensíveis de possível adoção irregular ou ilegal de criança, a exemplo da "adoção intuitu personae" (cujo Projeto de Lei do Senado nº 369/2016 para sua regulamentação está parado há 6 anos), não é possível formular regras prévias e abstratas que se apliquem indistintamente na hipótese de utilização de medida protetiva de acolhimento institucional, devendo o exame acurado da casuística definir se a providência adotada era ou não necessária.

E essa tormentosa tarefa se torna mais difícil porque a discussão é travada na estreita via do *habeas corpus*, cujas provas, na linha da reiterada e pacífica jurisprudência desta eg. Corte Superior, devem ser pré-constituídas, não havendo margem para dilação probatória, o que exige muita serenidade, cautela e sensibilidade para ser adequadamente decidida, porque o que for resolvido tem aptidão de trazer sequelas permanentes para a criança.

Premissa orientadora importante nessas situações deveras complexas, é que a jurisprudência do STJ, em observância ao princípio da proteção integral e

prioritária da criança previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e na Constituição Federal, consolidou-se no sentido da primazia do acolhimento familiar em detrimento da colocação de menor em abrigo institucional, quando inexistente evidente risco concreto à sua integridade física e psíquica.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS". ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). MEDIDA DE PROTEÇÃO. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. SUSPEITA DE ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. ENTREGA DA CRIANÇA PELA MÃE AOS PAIS REGISTRAIS DESDE O NASCIMENTO. "ADOÇÃO À BRASILEIRA". MEDIDA PROTETIVA EXCEPCIONAL. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. OFENSA AO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

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. Esta Corte Superior 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. Nessa senda, o afastamento da medida protetiva de busca e apreensão atende ao princípio do melhor interesse da criança, porquanto, neste momento, o maior benefício à menor é mantê-la com os pais registrais, até ulterior julgamento definitivo da ação principal.

5. Ordem de "habeas corpus" concedida, com liminar confirmada.

(HC nº 597.554/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado aos 24/11/2020, DJe de 2/12/2020, sem destaques no original)

"HABEAS CORPUS". AÇÃO PARA APLICAÇÃO DE MEDIDA DE PROTEÇÃO C/C BUSCA E APREENSÃO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ENTREGA IRREGULAR DE CRIANÇA PELA MÃE BIOLÓGICA A TERCEIROS. DEFERIMENTO LIMINAR DA MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. MENOR QUE SE ENCONTRAVA EM AMBIENTE ACOLHEDOR, SEGURO E FAMILIAR, RECEBENDO CUIDADOS MÉDICOS, ASSISTENCIAIS E AFETIVOS, CONFORME CONSTOU DO RELATÓRIO PSICOSSOCIAL ELABORADO POR PSICÓLOGA E ASSISTENTE SOCIAL DO PODER JUDICIÁRIO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO, DE OFÍCIO, PARA RESTABELECER A DECISÃO DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU.

[...]

2. Em demandas envolvendo interesse de criança ou adolescente, a solução da controvérsia deve sempre observar o princípio do melhor interesse do menor, introduzido em nosso sistema jurídico como corolário da doutrina da proteção integral, consagrada pelo art. 227 da Constituição Federal, o qual deve orientar a atuação tanto do legislador quanto do aplicador da norma jurídica, vinculando-se o ordenamento infraconstitucional aos seus contornos.

3. Na hipótese, a criança foi entregue, irregularmente, a um casal de conhecidos dos pais, os quais, ao menos de acordo com os elementos colhidos até o presente momento, têm proporcionado um ambiente acolhedor, seguro e familiar, em que a menor recebeu cuidados médicos, assistenciais e afetivos.

4. Portanto, não havendo nem sequer indício de risco à integridade física ou psíquica do infante, evidencia-se manifesta ilegalidade na decisão que determinou, em caráter liminar, o acolhimento institucional da paciente, contrariando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, devendo-se ressaltar que a observância do cadastro de adoção não tem caráter absoluto.

5. A concreta possibilidade de contaminação pelo coronavírus (Covid-19) em casa de abrigo institucional deve ser levada em consideração para se determinar a manutenção da criança com a família substituta, notadamente quando a menor necessita de acompanhamento médico especial, como na hipótese dos autos.

6. Habeas corpus concedido de ofício.

(HC n. 611.567/CE, relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado aos 2/2/2021, DJe de 9/2/2021, sem destaque no original)

Esta orientação se consolidou porque o acolhimento institucional de menor é medida de natureza excepcional, devendo ser prestigiado, sempre que possível, a permanência da criança em um ambiente seguro de acolhimento familiar, ainda que sob o regime de guarda de fato, a qual eventualmente poderá ser regularizada por meio da adoção, desde que, é claro, ela não esteja em uma situação concreta de risco.

Feitas estas considerações, apesar dos indícios de irregularidade na entrega do menor ao casal de impetrantes, no singular caso trazido, pelo menos até a data em que N. possivelmente foi levado para o abrigo institucional, ou seja, quando ele estava com aproximadamente 1 (ano) e 4 (quatro) meses de idade, não havia nenhuma notícia de que ele estivesse em uma situação concreta de risco, seja físico ou psicológico, sob os cuidados da família acolhedora, os ora IMPETRANTES.

Ao contrário, os elementos constantes dos autos demonstram que ele não apenas vinha recebendo os cuidados necessários ao pleno desenvolvimento físico e emocional, como ainda foi estabelecido vínculo socioafetivo com a família dos IMPETRANTES, apesar da tenra idade (1 ano e 7 meses).

Nesse sentido, o relatório emitido pela Equipe Interdisciplinar do 1º Juizado da Infância e Juventude da Serra/ES:

A priori, importa pontuar que o casal, Sra. Núbia Rocha dos Passos e o Sr. Luiz Carlos Moreira, exercem a guarda fática de N N (D. N. 19/08/2022) desde os primeiros dias de vida da referida criança. O casal em tela não possui vínculos biológicos com o referido infante, contudo, durante o atendimento as partes, que ocorreu de forma separada, ambos relataram que possuem forte vínculo de amizade, o que originou o vínculo afetivo entre eles.

[Genitora] relata que os conheceu quando ainda era adolescente, por volta de 17 anos de idade, são mais de 11 anos de relacionamento [...] O casal sempre a ajudou no que ela precisava, acredita que pelo Sr. Luiz ter vindo de uma origem humilde e também já ter passado necessidade na vida, ele a compreende e o casal sempre se dispõe a ajudá-la, isto há muitos anos.

[Genitora], 28 anos de idade, é mãe de 05 (cinco) filhos (Bento, 12 anos, Joaquim, 04 anos, José, 03 anos, Maria Alice, 02 anos e Nicolás 10 meses). Como o Sr. Luiz Carlos é médico ginecologista ele sempre a ajudou, tanto nas gestações, auxiliando no acompanhamento pré-natal, como depois, com os cuidados cotidianos dos filhos. Principalmente, ajudam com Joaquim, que é autista e precisa de acompanhamento médico constante. M. afirmou que frequenta a casa do casal, que são amigos nas diferentes redes sociais e trocam mensagem por "Whatsapp" com constância.

[...]

A escolha pela referida família se deveu ao fato de não ter pessoas na família de [genitora] dispostos a ajudá-la com mais um bebê, tendo em vista que já a ajudam com os outros filhos. Além do mais, [genitora] relata que sua própria mãe é cardíaca, já é de idade e suas irmãs além de também terem filhos, possuem baixa renda, sendo assim, declara que não havia familiares dispostos a cuidar de N.

[Genitora], fala que o casal sempre foi, na prática, padrinhos de todos os seus filhos, o que a deu confiança para pedir ajuda. Contou que pode visitar o filho N na casa de Núbia e Luiz, que a criança pode se relacionar com os irmãos, fato que não ocorreria se o entregasse a justiça [...]

[Genitora] alegou que não teria condições financeiras, nem tempo suficiente, nem condições emocionais de prover o cuidado necessário a mais um filho, tendo em vista todo o cuidado que seu filho autista demanda. Além disso, contou que viaja bastante por causa do seu trabalho.

[...]

À vista disso, há aproximadamente 10 meses, o Sr. Luís Carlos e Sra Núbia são responsáveis por N e provém todo o auxílio que o mesmo necessita, tanto no âmbito financeiro quanto no emocional. [Genitora] afirmou que desconhece o genitor da criança. Disse que sente-se feliz e tranquila por saber que o filho está sendo bem cuidado, amado e ainda pode o visitar.

Vale ressaltar que os requerentes, conforme relatado, antes de pegarem efetivamente N para cuidar, tentaram oferecer ajuda para a genitora ficar com ele, propondo que ofereceriam apoio quando ela achasse necessário. Contudo, a [genitora] preferiu entregar a criança aos cuidados do casal por conta de sua sobrecarga.

Dessa maneira, a [genitora] afirma que não têm nenhum óbice quando à concessão da guarda ou até mesmo da adoção da criança pelo referido casal. Uma vez que disse se sentir segura, que o casal não a afastaria da vida da criança, que o filho sempre saberia da verdade sobre sua origem. Fato que [genitora] apontou como muito relevante para si.

[...]

Conforme relatado pelas partes, N está com boa saúde física e com as vacinas em dia. Além disso, evidencia-se que o sr. Luiz e a sra. Núbia já estão com o termo de guarda provisória (comprovante em id. número 25635396).

Do ponto de vista psicológico, percebe-se que os requerentes se relacionam com a criança como filho do casal. Contaram que adotá-lo é o desejo mais profundo, a genitora confirmou que vem a juízo dizer que entrega a criança em adoção para eles, tendo em vista o quanto o filho é amado pela família, tendo confiança de que o direito da criança conhecer suas origens será preservado.

O casal afirma que não fizeram nada de caso pensado, que não estavam em busca de uma criança, mas que o N surgiu de maneira muito inesperada em suas vidas, inicialmente apenas tinham o intuito de ajudar [genitora], o vínculo afetivo os fez mudar de ideia.

A observação, **a criança demonstra possuir forte vínculo afetivo para com o casal** o reconhecendo como seus cuidadores diretos. A criança encontra-se em fase de aprendizado de vocalizações, já

ensaiaando sílabas indicativas de papai e mamãe. N goza de boa saúde, encontra-se com consultas e vacinas em dia.

[...]

Durante a entrevista, foi perceptível que, até o presente momento, os requerentes prestam todo auxílio necessário para o bom desenvolvimento de NN, proporcionando afeto, cuidado e segurança, o que permite que ele possa ter um desenvolvimento de vida saudável e estável mediante os bons cuidados.

Embora não haja relação de parentesco biológica entre as partes, verifica-se que há uma relação de amizade e afetividade existente, conforme relatado por todos, há muitos anos, tal relação criou um laço de confiança e ajuda, onde Marília, genitora de N, percebe o casal como seus auxiliares, uma espécie de "padrinhos", que ajuda toda a sua família, principalmente no que diz respeito aos cuidados médicos que os outros 04 filhos de Marília precisam.

[...]

Destarte, o convívio de N com a Sra. Núbia e com o Sr. Luiz Carlos, demonstra atender ao melhor interesse do infante, uma vez que existem laços sociais e afetivos no entorno do lar da família em tela, além de todas as demais referências psíquicas que já estão sendo construídas, além da segurança emocional de ter aquele local como seu lar de referência (e-STJ, fls. 67/70, sem destaques no original)

Contudo, o acórdão que mandou abrigá-lo, como visto acima, não trouxe absolutamente nenhum indício de que N. estaria em situação de risco ou perigo, seja físico ou psicológico, enquanto esteve sob os cuidados da família acolhedora/substituta. Ao contrário, ele revela que o que ensejou a ordem de abrigamento foi somente a inobservância do processo de adoção, em especial, da burla à fila de postulantes para adoção do Sistema Nacional de Adoção.

Dito isto, certamente o melhor interesse da criança se sobrepõe aos rigores da observação da lista de adoção, e o rompimento do convívio de N. com o casal formado por NÚBIA e LUIZ CARLOS, a essa altura, com os quais formou suficiente vínculo afetivo pode-lhe causar abalo psicológico, ainda que a pretexto de atendimento aos seus melhores interesses, pois convive com eles, pelo menos, há mais de 1 (um) ano e 7 (sete) meses.

A propósito, por pertinente, colaciono julgado desta Terceira Turma, que entendeu que se revelou flagrantemente ilegal a decisão que determinou o acolhimento institucional de uma criança, com 2 (dois) meses de vida, unicamente em virtude da burla ao cadastro de adoção, entregue para uma adoção *intuitu personae*, em detrimento da manutenção dela no ambiente familiar em que se encontrava, sem indícios de que estaria em situação de risco, hipótese que tem perfeita semelhança com o caso aqui discutido.

O acórdão recebeu a seguinte 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.

(HC nº 735.525/SP, relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado aos 21/6/2022, DJe de 23/6/2022.)

E do referido julgado, por pertinente, peço vênha para transcrever os seguintes elucidativos fundamentos trazidos pelo saudoso em. Relator, o Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, que adoto também como razão de decidir:

[...]

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 três 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 benfeitoria 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 ementadas dos seguintes julgados desta Corte:

[...]

Esse entendimento jurisprudencial está em sintonia com a norma do art. 34, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe:

[...]

No cenário retratado pelos autos, portanto, de ausência de perigo de violência física ou psicológica, de estabelecimento de vínculos afetivos 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 guardiões, 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 (sem destaques no original).

E por falar no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), a Quarta Turma, no julgamento *Habeas Corpus* nº 468.691/SC, da relatoria do em. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 12/2/2019, firmou o entendimento de que a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto, podendo ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo ECA, que tem na doutrina da proteção integral a sua pedra basilar.

Esta Terceira Turma também segue a mesma linha de entendimento, como

se pode aferir dos recentes julgados a seguir transcritos:

"HABEAS CORPUS". DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. EXCEÇÃO. RISCO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DO MENOR. INEXISTÊNCIA. 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. Ordem concedida.

(HC nº 564.961/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado aos 19/5/2020, DJe de 27/5/2020, sem destaque no original)

"HABEAS CORPUS". AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. ALEGAÇÃO DE SUPOSTA ADOÇÃO IRREGULAR DO MENOR. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. MEDIDA EXCEPCIONAL QUE, NO CASO, NÃO ATENDE AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA RESTABELECE A DECISÃO DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU.

[...]

3. Isso porque "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 n. 468.691/SC, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 12/12/2019).

4. [...]

5. "Habeas corpus" concedido de ofício.

(HC nº 505.730/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado aos 5/5/2020, DJe de 19/5/2020, sem destaque no original)

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 REÚNEM 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- [...]

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- [...]

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 nº 385.507/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe de 3/3/2018, sem destaque no original).

Ainda a respeito do cadastro de pretendentes a adoção, cabe consignar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), no § 1º-A do seu art. 197-E, introduzido pela Lei nº 12.090/2009, assinalou que o melhor interesse do adotando poderá inclusive fazer alterar a ordem cronológica das habilitações, dentro das hipóteses previstas no § 13 do art. 50 do mesmo diploma legal.

E assim com toda razão, pois o cadastro de pretendentes à adoção não pode simplesmente ser vista como "uma fila de consumidores à espera de um produto". Acima disso, como bem resolveu esta Colenda Turma em caso relatado pelo Ministro MASSAMI UYEDA, em casos tais, o que se põe não é "preterir o direito de um casal pelo outro, uma vez que, efetivamente, o direito destes não está em discussão. O que se busca, na verdade, é priorizar o direito da criança a ser adotada pelo casal com o qual, na espécie, tenha estabelecido laços de afetividade" (AgRg na MC nº 15.097/MG, Terceira Turma, julgado aos 5/3/2009, DJe de 6/5/2009).

Prosseguindo, parece-me, que a manutenção, por ora, da determinação de abrigo institucional do menor N., que aparentemente, diante dos elementos dos autos, está bem inserido em um ambiente familiar e está tendo os seus interesses superiores preservados, com formação de suficiente vínculo socioafetivo com os seus guardiões de fato, tem o potencial de acarretar dano grave e de difícil reparação à sua integridade física e psicológica.

Nessas condições, de forma excepcional, pelo meu voto, **CONCEDO, DE OFÍCIO**, a ordem de *habeas corpus*, para determinar que N. permaneça sob a guarda de fato dos ora IMPETRANTES, NÚBIA e LUIZ CARLOS, pelo menos até o trânsito em julgado da ação de guarda que tramita no Juízo da 1ª Vara de Infância e Juventude de Serra/ES, confirmando a liminar anteriormente deferida.

Oficie-se o Tribunal de Justiça do Espírito Santo e o Juízo Juízo da 1ª Vara de Infância e Juventude de Serra/ES para dar-lhes ciência do inteiro teor do acórdão.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2023/0457671-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 878.386 / ES

Números Origem: 50050623420238080000 50112777620238080048

EM MESA

JULGADO: 02/04/2024
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EDUARDO KURTZ LORENZONI

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : NUBIA ROCHA DOS PASSOS
IMPETRANTE : LUIZ CARLOS MOREIRA
ADVOGADOS : ANA PAULA NEU RECHDEN - RS046194
 : MARIA BERENICE DIAS - RS074024
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : N N
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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, excepcionalmente, concedeu de ofício a ordem de habeas corpus, confirmando a liminar já deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Humberto Martins (Presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.