

Tese

A jurisprudência tem excepcionado o entendimento de que o habeas corpus não seria adequado para discutir questões relativas à guarda e à adoção de crianças e adolescentes.

MARCELO H. G. RIVERA M. SANTOS

Pós-Graduado em Direito Empresarial. Especialista em Direito Processual Civil. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Advogado.

Comentário Doutrinário

O *habeas corpus*, nascido do *common law* no Direito Inglês,¹ determinava em sua acepção original que nenhum homem livre poderia ser detido ou preso sem que fosse condenado por seus pares ou pelas leis do país (Magna Carta,² capítulo XXIX). O objetivo do *habeas corpus* era o de evitar ou de remediar a prisão injusta, as opressões e as detenções excessivamente prolongadas no país. O ideal buscado com a criação do instituto do *habeas corpus* foi, portanto, o de preservar um direito natural, qual seja, a liberdade da pessoa humana.³

No Brasil, o aparecimento do *habeas corpus* se deu com o Decreto de 23 de maio de 1821. O objetivo da legislação, semelhantemente ao perseguido pelos Ingleses, foi garantir a liberdade individual, que era transgredida e/ou desrespeitada pelo abuso e/ou pelo arbítrio.⁴ Sobre esse momento histórico, assinala Mossin que “a sociedade, no correr da progressão social, sempre se vê obrigada a se armar de certos institutos aptos e capazes de tutelar as liberdades em sentido amplo”.⁵ Dessa ideia se depreende então que, em sua origem, o instituto do *habeas corpus* não se atinha apenas às situações relativas a uma prisão injusta ou detenções prolongadas. Sua natureza é de proteção à liberdade individual do homem em um sentido mais amplo, pelo que deve servir como remédio a proteger contra um constrangimento ilegal ou a sua ameaça, ou seja, quando não houver uma justa causa para a constrição do ir, vir e ficar do cidadão.

Atualmente, a previsão legal para o *habeas corpus* está no inciso LXVIII, do art. 5º,⁶ da Constituição Federal do Brasil, onde se estipulou que será concedido o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.⁷ Em

1. ABREU, Florêncio de. *Comentários ao Código de Processo Penal*, 1945, v. 5, p. 549.

2. Trata-se da *Magna Charta Libertatum*, imposta ao rei João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, por barões ingleses, de acordo com MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada*. 9. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 3.

3. MOSSIN, Heráclito Antônio. *Ibidem*, p. 10.

4. *Ibidem*, p. 21.

5. *Idem*.

6. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) LXVIII – conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

7. Os requisitos para a concessão do *habeas corpus*, portanto, referem-se a (i) sofrer ou for ameaçado de sofrer violência, ou coação, em sua liberdade de locomoção; (ii) por ilegali-

razão, portanto, da busca pela proteção ao princípio da liberdade individual, há entendimento – não pacífico – no sentido de que esse instrumento é cabível não apenas no campo penal ou processual penal,⁸ contra ato de agente coator que exerce função pública⁹, mas também impetrado contra ato de particular.¹⁰⁻¹¹

Feitas essas considerações iniciais sobre o *habeas corpus*, com uma breve abordagem histórica, cabimento e natureza jurídica, constata-se que sua impetração deve necessariamente versar sobre constrição [ou ameaça de constrição] da liberdade de ir, vir e ficar do indivíduo.

Dito isso, não se pode confundir a hipótese de cabimento do *habeas corpus* com o mandado de segurança, dado que este é cabível para proteger direito líquido e certo, não amparado pelo *habeas corpus*. Apesar dessa diferenciação e da necessidade de, na prática, se observar atentamente essa diferenciação, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹² não tem exigido essa distinção entre os citados remédios constitucionais, em determinados casos. O entendimento do Tribunal Superior é o de que é plenamente possível impetrar um ou o outro remédio constitucional, para reclamar de cerceamento ao exercício do direito de defesa plena e que, eventualmente, possa repercutir no direito de locomoção.

lidade, ou abuso de poder. Tem-se a necessidade, portanto, de se verificar a presença de, no mínimo, duas dessas circunstâncias para a concessão de um *habeas corpus*.

8. É o que defende MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada*. 9. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 57.
9. Hélio Tornaghi sustenta que o *habeas corpus* só é cabível quando o agente coator exerce função pública (*Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 388). Esse entendimento é acompanhado por Bento Faria (*Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Record, 1960, p. 376).
10. A par da existência da corrente que não assente com a possibilidade de impetração do *habeas corpus* contra ato de particular, a jurisprudência se solidificou no sentido de ser plenamente possível a impetração do *habeas corpus* contra ato de particular.
11. A natureza jurídica do *habeas corpus* ainda é fruto de debates, pois alguns doutrinadores indicam se tratar de ação mandamental; constitucional; pena; ou mesmo recurso. Pode-se citar como defensores do entendimento que o *habeas corpus* é um recurso, os ilustres Galdino Siqueira e Eduardo Espínola (SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal*. 2. ed. São Paulo: Magalhães, 1930, p. 383-384 e ESPÍNOLA, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944, v. 4, p. 47). Apesar das correntes que analisam a natureza jurídica do *habeas corpus*, alinha-se aqui com aquela que o entende como uma ação autônoma. Cita-se como defensores desse pensamento: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e prática do habeas corpus*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 5-6; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 4, p. 379-380; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 450.
12. RSTJ 60/156.

A possibilidade de se admitir o *habeas corpus*, em uma dada situação, quando o remédio correto seria o mandado de segurança se coaduna com outro entendimento do STJ, que determinou ser possível a impetração do *habeas corpus* com simultânea interposição de apelação, salvo em se tratando de exame de matéria de fato a reclamar investigação probatória, ou quando evidenciado o propósito de suprimir o segundo grau de jurisdição, com a transferência para a instância especial do encargo do julgamento do recurso, de devolutividade ampla, para ser dirimido na esfera de conhecimento limitado.¹³

O que se extrai desses dois posicionamentos do STJ é que, dada a singularidade do direito perseguido pela impetração do *habeas corpus*, a forma de sua apresentação ao Judiciário não pode ser, em princípio, impeditivo para a análise do pleito. Seguindo esses passos, em casos extremamente excepcionais, o Tribunal Superior tem excepcionado o cabimento do *habeas corpus* para matérias afetas ao Direito de Família, mais precisamente em relação à guarda e adoção de crianças e adolescentes.

Quanto aos casos considerados excepcionais afetos ao Direito de Família, cumpre realizar uma breve análise do órgão julgador e dos próprios julgadores do STJ que excepcionam o seu cabimento. Constata-se que apenas em 20% dos pedidos de *habeas corpus* houve concessão da ordem perseguida (oito casos, de um total de 40). Todos esses oito casos, por sua vez, foram analisados pela 3ª Turma do STJ. Ou seja, não há um posicionamento pela concessão da ordem emitido pela 4ª Turma do STJ. Além disso, desses oito casos em que a ordem do *habeas corpus* foi concedida, três foram concedidos pela Min. Nancy Andrichi, dois pelo Min. Sidnei Beneti, dois pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino e um pelo Min. João Otávio de Noronha. A atual composição da 3ª Turma, porém, conta com a Min. Nancy Andrichi, com os Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro, de modo que não é possível determinar que o entendimento anteriormente firmado sobre tal cabimento excepcional do *habeas corpus* será mantido.¹⁴

No que concerne ao mérito dos casos em que a ordem fora concedida, tem-se a existência de situações idênticas em todos eles, sem exceção, quais sejam: (i) indícios de fraude no registro de nascimento de uma criança; (ii) possibilidade de

13. RSTJ 129/473.

14. Cabe uma nota de explicação quanto à análise feita. O que se chamou a atenção foi que a ordem só foi concedida por alguns Ministros que compõem a 3ª Turma do STJ. A 4ª Turma, apesar de entender como cabível o *habeas corpus*, não concedeu nenhuma ordem. Isso se dá pelo fato de que, para a 3ª Turma, uma decisão de acolhimento institucional seria teratológica, o que permitiria a concessão da ordem. Para a 4ª Turma, essa decisão de acolhimento institucional não é teratológica, pelo que não se deve conceder a ordem.

adoção “à brasileira”;¹⁵ (iii) determinação, pelas instâncias ordinárias, de acolhimento institucional; (iv) crianças com menos de dois anos de idade convivendo com um núcleo familiar, que – supostamente – está lhe dedicando atenção, carinho, conforto, com o que supre as necessidades materiais e psíquicas do menor. Em um primeiro momento é razoável supor que o STJ decidiu de modo acertado, pois seria mais humano determinar que uma criança/bebê fique com quem o está acolhendo, do que determinar o cumprimento de uma ordem para encaminhar esse bebê/criança para uma instituição de adoção.

No entanto, questiona-se: a longo prazo, o entendimento do STJ seria mais benéfico ou maléfico para o direito de família? A nosso ver, essa análise de longo prazo passa pela ponderação de alguns pontos, dentre eles: o princípio do melhor interesse do menor, em face (i) da obediência à lei e à ordem; (ii) o princípio da razoável duração do processo; (iii) da irreversibilidade da decisão; e (iv) tempo médio de duração de um processo de adoção.

Nos casos em que se concedeu a ordem, o STJ o fez considerando que, para o menor, seria melhor mantê-lo com a família que está cuidando dele – dando maior importância ao princípio do melhor interesse do menor, do que aos outros pontos indicados acima. Esse entendimento foi adotado ainda que se tivesse confissão¹⁶ de que se realizou a ilegal adoção “à brasileira”. A nosso ver, ao decidir da forma que o fez, o STJ está a privilegiar o cometimento de pelo menos um crime – a adoção à brasileira –, dando amparo e legitimidade ao ilícito, ao invés de privilegiar a lei e quem a respeita. Nessa balança, entende-se que, a longo prazo, a decisão pela concessão da ordem pode trazer muito mais malefícios à sociedade e, eventualmente, até mesmo ao menor.

Tomando por base um dos casos em que se concedeu a ordem, o HC 298.009/SP, temos que um dado casal registrou a criança em seu nome, sendo que a criança fora – supostamente – havida por outra mulher. Com base nessas informações, em primeira instância deferiu-se o pleito liminar para se determinar o acolhimento institucional da criança que contava à época da determinação com meses de idade. Em razão da liminar concedida, fora impetrado *habeas corpus* no Tribunal de Justiça, que não conheceu do remédio constitucional, pelo que se impetrou novo *habeas corpus* perante o STJ. Sustentou-se então que a paternidade não seria fraudulenta, na medida em que quem registrou seria, de fato, pai biológico da criança. O filho,

15. Trata-se de adoção irregular, onde se registra filho alheio como próprio, sem qualquer procedimento autorizador.

16. HC 331.121/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 03/11/2015.

portanto, seria fruto de uma traição à esposa, que teria aceitado a traição e decidido criar a criança, em razão da impossibilidade financeira da mãe biológica. Assim, argumentavam que seria do melhor interesse da criança permanecer com esse casal, que já constava no Cadastro de Adoção.

A i. Min. Nancy Andriighi, relatora do *habeas corpus*, entendeu por bem que, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança, a decisão mais acertada seria de conceder a ordem, para determinar que a criança ficasse com o casal que a registrou, até ulterior decisão a ser proferida nos autos do processo originário. Para chegar nesse entendimento, a i. Ministra Relatora superou o entendimento de que não seria cabível o *habeas corpus* como sucedâneo recursal nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou decisão teratológica, conforme precedentes do STJ e do Supremo Tribunal Federal – STF Superou-se também o entendimento de não cabimento do *habeas corpus* contra decisão do Tribunal de Justiça de origem de indeferimento da liminar, a fim de se evitar a supressão de instância. Além disso, também foi superado o entendimento de que, em se tratando de questão atinente à guarda/adoção de menor, quando se costuma exigir ampla dilação probatória, seria inadequada a utilização do *habeas corpus* para defesa dos interesses do menor. E se fez isso, pois se entendeu estar diante de uma decisão teratológica ao se determinar o acolhimento institucional do menor.

Com o devido respeito e acatamento ao citado entendimento, entende-se que a decisão para o acolhimento institucional do menor não seja teratológica. Essa ideia pode, em um primeiro momento, se mostrar desarrazada, mas a longo prazo pode ser a medida mais acertada. Conceder a ordem para o menor ficar com quem o registrou, aparentemente, de forma ilegal, é privilegiar quem não obedece a lei, significa dar aparência de legalidade a um ato ilegal. E, nesse ponto, é que entende que, a longo prazo, os efeitos desse tipo de decisão podem ser nefastos.

No caso aqui analisado indicou-se que, enquanto se aguarda a dilação probatória, o menor ficaria na família que o registrou supostamente de forma ilegal. A espera de uma dilação probatória, nesse caso, é muito prejudicial. Isso porque, imagine-se a situação em que, após o trâmite processual, cuja duração média é de aproximadamente 09 anos,¹⁷ se constate que o registro foi de fato irregular. Após 09 anos de tramitação se determinará o acolhimento institucional do menor? Uma decisão nesse sentido não teria qualquer cabimento, pois o menor já está completamente integrado àquela família. Além desse ponto, se for determinado o acolhimento institucional, a possibilidade de adoção desse menor fica muito

17. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/05/4c12ea9e44c05e1f766230c0115d3e14.pdf]. Acesso em: 26/06/2017.

restrita,¹⁸ o que obviamente ferirá o princípio do melhor interesse do menor. Nesse sentido, se a dilação probatória do processo não ocorrer em um espaço reduzido de tempo, a decisão final será a de manter o menor no convívio daqueles que não respeitaram a lei, de modo que se está favorecendo o ilícito. No atual cenário do Judiciário, não se vislumbra uma dilação probatória rápida, conforme números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

É importante ter em mente que uma criança de três meses de vida, como no caso analisado, em uma instituição de acolhimento, teria uma chance muito elevada de ser adotada em um espaço reduzido de tempo. Isso porque esse perfil de criança se encaixa no perfil buscado por milhares de pretendentes a adoção. Assim, considerando que essa criança, em tão terna idade, ficará em tempo muito reduzido na instituição de acolhimento, mostra-se, no nosso sentir, defensável e recomendável a determinação de acolhimento institucional, pois se protegeria a criança e aqueles que estão na fila para adoção há muito mais tempo.¹⁹ É certo que, em um primeiro momento, se poderia pensar que o princípio do melhor interesse do menor não fora contemplado, mas a longo prazo, esse princípio estaria sendo melhor respeitado.

A corroborar a afirmação de que uma criança com pouca idade não fica muito tempo em instituição de acolhimento, cita-se os dados do Cadastro Nacional de Adoção e do Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos, administrados pelo CNJ. Segundo esses dados, o tempo de demora prolongado para uma adoção é visto da ótica dos pretendentes, pois são eles quem determinam o perfil da criança a ser adotada. O que os números mostram é que crianças com menos de quatro anos de idade representam 4,1% daquelas que estão disponíveis para adoção, e são essas crianças as mais procuradas pelos pretendentes. Ou seja, crianças com esse perfil possuem uma facilidade grande de encontrar uma família adotiva em um espaço reduzido de tempo.

Assim, a nosso ver, o prejuízo de determinar o acolhimento de uma criança de tão terna idade é menor do que o prejuízo social a longo prazo. Esse é, inclusive, o entendimento do STJ nos outros 32 casos analisados em que as ordens foram denegadas.

18. Levando-se em conta o perfil do menor. Segundo CNJ, os pretendentes à adoção privilegiam crianças menores de 4 anos para adoção.

19. Coibir a “adoção à brasileira” tem sido matéria de debate no Senado e se tem apontado para uma caracterização de tráfico de pessoas e órgãos. Não é possível fazer uma análise mais profunda no momento, mas é plenamente defensável essa ideia, na medida em que não se tem qualquer controle social/estatal das crianças que são adotadas à margem da lei. Eventualmente, os casos analisados tratam de famílias que projetam o melhor para esses menores, mas qual é a segurança jurídica e social que teremos com a permissão ou uma chancela do Estado para a “adoção à brasileira”?

O que se conclui, portanto, é que a possibilidade de admissão do *habeas corpus* em relação à guarda e adoção de crianças e adolescentes é louvável, mas seria interessante a inclusão de outro requisito para a concessão da ordem, para além daqueles constantes nos oito julgados similares do STJ: (v) *o perfil da criança a ser beneficiada pela concessão da ordem*. Caso a criança em disputa possua um perfil que seja de difícil aceitação pelos pretendentes regularmente cadastrados, se possibilitaria a concessão da ordem. Por outro lado, caso o perfil da criança seja de fácil aceitação dos pretendentes à adoção, o STJ deveria restringir o cabimento e negar a concessão da ordem, determinando o acolhimento institucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Florêncio de. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/05/4c12ea9e44c05e1f766230c0115d3e14.pdf]. Acesso em: 26/06/2017.
- _____. *Revista do Superior Tribunal de Justiça* 60/156.
- _____. *Revista do Superior Tribunal de Justiça* 129/473.
- _____. *Senado Federal*. Disponível em: [www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/adocao-ilegal-pode-ser-forma-de-trafico-de-pessoas.aspx].
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944, v. 4.
- FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Record, 1960.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada*. 9. ed. Barueri: Manole, 2013.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e prática do habeas corpus*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.
- SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal*. 2. ed. São Paulo: Magalhães, 1930.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

Jurisprudência

● Acórdãos

HC 298.009/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 04/09/2014

Habeas corpus. Direito de família. Guarda e adoção. Menor impúbere (3 meses de vida) entregue pela mãe a casal. Alegação de se tratar de pai biológico. Indícios de burla à lista de adoção. Ação cautelar. Acolhimento determinado em 1º grau de jurisdição. Liminar negada pelo tribunal de origem. Medida teratológica. Melhor interesse do menor. Ordem concedida de ofício.

1. 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. Precedentes.

2. Também está consolidado no STF e no STJ não caber *habeas corpus* contra decisão de indeferimento de liminar, a fim de evitar indevida supressão de instância, ressalvada, contudo, a possibilidade de concessão, de ofício, da ordem na hipótese de evidente e flagrante ilegalidade. Precedentes.

3. Ainda, em se tratando de questão atinente à guarda/adoção de menor – afeta, portanto, ao Direito de Família, costumando exigir, como tal, ampla dilação probatória –, tem-se por inadequada a utilização de *habeas corpus* para defesa dos interesses do infante. Precedentes.

4. Na espécie, contudo, está-se diante de uma situação bastante delicada e que impõe a adoção de cautela e cuidado ímpar, dada a potencial possibilidade de ocorrência de dano grave e irreparável aos direitos da criança, ora paciente, de modo a se afastar, excepcionalmente, todos os óbices que, em princípio, acometem o presente *writ* e que, ordinariamente, culminariam no seu não conhecimento.

5. Apuração de suposta irregularidade no registro de nascimento do menor, cuja paternidade poderia ter sido reconhecida como forma de burlar a lista de adoção.

6. Situação anômala que, entretanto, não importaria em prejuízo ao infante, pois, ainda que momentaneamente, a guarda de fato teria se revelado satisfatória aos seus interesses, haja vista a manifestação de interes-

se do casal em dispensar 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 *intuitu personae*.

8. 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.

9. 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.

10. 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 sofreria nenhum tipo de violência física ou moral.

11. Ordem concedida de ofício.

HC 294.729/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma, julgado em 07/08/2014, DJe 29/08/2014

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 crian-

ça, 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.

RHC 39.184/SC, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgado em 08/10/2013, DJe 14/10/2013

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Adoção irregular de recém-nascida. Suspeita de tráfico de criança. Busca e apreensão. Acolhimento institucional. Riscos concretos à integridade moral e psicológica da infante, que fora negociada pelas partes envolvidas. Dúvida quanto aos padrões éticos dos pretensos adotantes. Violação à dignidade da pessoa humana. Super-veniência de decisão no sentido da procedência da ação de destituição do poder familiar c/c anulação de registro civil e da improcedência da ação de adoção. Guarda da infante deferida à casal devidamente habilitado para adoção. Preservação da estabilidade das circunstâncias em que vive atualmente a menor. Necessidade. Paciente que deve ser mantida com a família que há três meses detém sua guarda. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.

HC 370.636/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, 4ª Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 21/02/2017

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Medida protetiva. Busca e apreensão de menor. Determinação de acolhimento institucional. Grave suspeita de fraude na aquisição da guarda. Genitora humilde. Entrega do filho para outro casal, com posterior arrependimento. Necessidade de ampla dilação probatória. Ordem denegada.

1. Consoante entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça, salvo risco evidente à integridade física e psíquica da criança, não é do seu melhor interesse o acolhimento institucional, cuja legalidade pode ser examinada mediante a estreita via do *habeas corpus*.

2. Todavia, no caso dos autos, o acolhimento institucional fora determinado em razão da descoberta de fraude na obtenção da guarda da criança pelo casal impetrante que, em conjunto com a genitora, utilizou-se de documentos falsos durante o pré-natal e no parto do menor.

3. Ademais, há informações no sentido da viabilidade do retorno da criança à mãe biológica, que mostrou arrependimento pela entrega do filho ao casal impetrante.

4. Dadas as peculiaridades do caso, tem-se a necessidade de ampla dilação probatória, o que é incompatível com a via do *habeas corpus*, que só admite cognição sumária.

5. Ordem denegada.

HC 331.121/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 3ª Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 03/11/2015

Habeas corpus. Busca e apreensão de menor. Destituição liminar de guarda. Determinação de acolhimento institucional. Menor entregue aos impetrantes pela mãe biológica. Convívio com a família socioafetiva. Ausência de indícios de maus-tratos, negligência ou abuso. Interesse do infante. Ordem concedida de ofício.

HC 329.147/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 11/12/2015

Processual civil. Família. Adoção e guarda provisória de recém-nascido. Suspeita de simulação. Busca e apreensão de menor. Medida judicial liminar de acolhimento institucional em família devidamente cadastrada. *Habeas corpus*. Descabimento. Precedentes.

1. O *habeas corpus* não é instrumento processual adequado para impugnar decisão judicial liminar que determina o acolhimento de menor em família devidamente cadastrada junto ao programa municipal de adoção.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que o *habeas corpus* não é instrumento que comporta dilação probatória para desconstituir decisão judicial embasada nos elementos informativos dos autos. Precedentes.

3. Ordem denegada.

HC 290.107/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, julgado em 27/05/2014, DJe 04/06/2014

Habeas corpus impetrado em substituição ao recurso previsto no ordenamento jurídico. 1. Não cabimento. Modificação de entendimento jurisprudencial. Restrição do remédio constitucional. Exame excepcional que visa privilegiar a ampla defesa e o devido processo legal. 2. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao delito de tráfico de entorpecentes. Medida socioeducativa de internação. 3. Efeito suspensivo ao recurso de apelação. Questão não apreciada pelo tribunal de

origem. Supressão de instância. 4. Reiteração infracional. Prática de no mínimo três atos anteriores. Desnecessidade. Ausência de previsão legal. Adoção do entendimento do Supremo Tribunal Federal. 5. *Habeas corpus* não conhecido.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. O pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação não foi enfrentado pelo Tribunal de origem, impedindo o seu exame, agora, por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não existe fundamento legal para o argumento de que é necessário o número mínimo de três atos infracionais graves para a incidência do inciso II do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para a Corte Suprema, o aplicador da lei deve analisar e levar em consideração as peculiaridades de cada caso concreto para uma melhor aplicação do direito. Pondera que o magistrado deve apreciar as condições específicas do adolescente – meio social onde vive, grau de escolaridade, família – dentre outros elementos que permitam uma maior análise subjetiva do menor.

4. Na espécie, a medida de internação foi aplicada de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem assim em atenção às particularidades do caso, sobretudo porque destacado pelas instâncias ordinárias que “o representado é reincidente específico, recebendo, anterior e recentemente, a medida de liberdade assistida, que, à evidência, não repercutiu como almejado, tanto que reincidiu”, elemento apto a demonstrar tanto a situação de vulnerabilidade quanto a necessidade de aplicação de medida mais rigorosa, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

5. *Habeas corpus* não conhecido.