HABEAS CORPUS Nº 503.125 - SP (2019/0099418-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**
IMPETRANTE	:	MARCOS ROBERTO CHARLES
ADVOGADO	:	MARCOS ROBERTO CHARLES - SP401363
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	L D

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor da paciente L. D. contra decisão de Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que indeferiu o pedido de efeito suspensivo ativo formulado no agravo de instrumento interposto por G. D (Agravo de Instrumento nº 2070511-28.2019.8.26.0000).

O agravo de instrumento buscava reverter decisão proferida pelo juízo singular que determinou o imediato acolhimento institucional da menor ora paciente nos seguintes termos:

> *"(...) Nos autos do processo número 1003705-33.2018, o autor [G. D.] ajuizou ação de guarda contra a ré [B. G. S.], alegando que é o pai biológico da menor [L. D.], e que a mãe da criança abandonou-a aos seus cuidados, e por isso, como é o guardião de fato, formulou pedido de guarda da criança.*
>
> *Nos mesmos autos, o Ministério Público do Estado de São Paulo, através de seu representante, requereu a **APLICAÇÃO DA MEDIDA DE PROTEÇÃO** consistente no **ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL** da criança [**L. D.**] (fls. 89/90), alegando que a criança provavelmente foi entregue para o autor, mediante acordo prévio entre a mãe biológica e o casal [G. D] e [R. D.], que estão com a guarda da criança.*
>
> *Nos autos do processo 1000426-05.2019, a mãe biológica [B.], ajuizou ação de busca e apreensão e cancelamento de registro civil da criança, alegando que [G.] não é o pai biológico da criança, e que o pai é [C. D. S. de M.], e como era o seu quarto filho, e ela estava separada de seu companheiro, ela, mãe biológica, ficou desesperada, e em outubro do ano passado, por meio de um amigo, entrou em contato com o casal [G.] e [R.], o qual pagou a passagem aérea para que ela viajasse de Manaus para o Estado de São Paulo desse à luz em [I.].*
>
> *Alega a mãe biológica que está arrependida de ter entregue a criança e pretende tê- la de volta, e por isso, pediu a busca e apreensão.*
>
> ***Decido.***
>
> ***Em razão da conexão, determino a união dos processos, para que tramitem conjuntamente.***
>
> *Embora a criança esteja sendo bem cuidada, há fortes indícios de que tenha ocorrido acordo prévio de entrega da criança travado entre as partes, inclusive a probabilidade de futura adoção fora dos trâmites legais por parte do casal que detém a posse da criança, eis que, em síntese, conforme relatado,* [L.] vem sendo tolhida de seu direito à convivência familiar e comunitária, e a permanência da criança com o casal irá fortalecer um vínculo irreal e construído sob a ótica dos adultos, e não da criança. Que tal conduta afronta toda a sistemática de adoção, cujos requisitos eram de conhecimento

do casal, que iniciou processo de habilitação à adoção no ano de 2017, com posterior desistência. *O* fumus boni juris *e o* periculum in mora *estão caracterizados pelo fatos detalhadamente descritos nos autos.*

Não é o caso de permitir que a criança permaneça com o casal [G.] e [R.], porque se houve acordo extrajudicial para a entrega da criança, isso significa burla ao cadastro de adoção, e, eventual registro da criança na forma de adoção à brasileira configura crime, e sendo assim, é preciso analisar a situação com cautela, e evitar prejuízos para a infante.

Todavia, não é o caso de entregar a criança para a mãe biológica, porque se houve acordo prévio dela com o casal [G.] e [R.], ambas as partes demonstram, numa análise superficial, que não podem ficar com a criança, e por ora, a solução, é o acolhimento institucional.

Isso posto, determino ***o imediato acolhimento institucional*** *da menor [L. D.], nascida em 05/11/2018, natural de [-SP], filha de [G. D.] e de [B. G. dos S.]. Expeça-se mandado de busca e apreensão,* ***cujo ato deverá ser devidamente acompanhado por membro(s) do Conselho Tutelar. Determino também a realização de exame de DNA para esclarecer a paternidade e maternidade da criança.****"* (fls. 139-140 e-STJ - grifos no original).

O pedido liminar foi indeferido pela Desembargadora Relatora do agravo de instrumento mediante a seguinte fundamentação:

"Trata-se de agravo de instrumento interposto por G. D., genitor registral de L. D. (nascida em 05.11.2018), contra decisão que, no processo de Guarda, unido aos processos de Medida de Proteção e de Busca e Apreensão visando a proteção da criança que se encontra em situação de risco, deferiu a medida liminar pleiteada pelo Ministério Público com determinação de acolhimento institucional (fls. 101/102 autos principais).

Argumenta o agravante, em resumo, que a criança não está em situação de risco, mormente considerando que se encontra sob os cuidados de seu genitor, sendo fruto de caso extraconjugal, e vindo com ele residir tão somente porque a genitora da criança assim preferiu, uma vez que, logo após dar à luz, entregou a filha ao genitor e esposa, tomando rumo ignorado.

Requer seja conferido efeito suspensivo à decisão agravada, concedendo-se tutela para desacolher a criança e, ao final, seja julgado procedente o presente agravo de instrumento.

É o relatório.

Ao menos nesta análise perfunctória, não se observam elementos capazes de embasar a reforma da decisão agravada.

As questões trazidas pelo agravante não justificam a concessão do efeito suspensivo pretendido.

Consta que a mãe biológica da criança ingressou com ação de busca e apreensão, uma vez que teria havido o registro da filha pelo ora agravante, mas que ele não é o pai da criança. Alegou que o agravante e a esposa a impedem de obter informações e contato com a filha. Por sua vez, o agravante afirma que a criança é sua filha, fruto de relação extraconjugal.

Vislumbra-se que há fatos controversos envolvendo a matéria, inserindo, sem maiores dúvidas, a criança em situação de risco, merecendo a proteção do ECA.

Desta forma, por ora o acolhimento institucional que veio a ser determinado pelo magistrado a quo *se justifica para garantir os genuínos interesses da menor. Adequada, pois, a medida decretada, atendendo-se ao*

princípio do melhor interesse da criança.

Não vislumbro que a decisão apresenta ilegalidade, irregularidade, teratologia ou nulidade insanável que se justifique ser modificada neste momento processual, devendo prevalecer o livre convencimento do juiz prolator da decisão guerreada.

Isto posto, sem expressar entendimento exauriente acerca do mérito do recurso, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO" (fls. 473-475).

Os impetrantes asseveram que o *writ* seria cabível visto que o ato impugnado, que confirmou o acolhimento da ora paciente em instituição, revelar-se-ia teratólogico, ilegal e abusivo, pois retira a menor, atualmente com 6 (seis) meses de idade, do convívio do seu legítimo pai, com quem reside ininterrruptamente desde o seu nascimento.

Alegam que o acolhimento familiar deve ter preferência sobre o institucional e que, na espécie, não houve adoção à brasileira, devendo ser preservado o estado atual em que a criança se encontra, pois vem sendo bem cuidada na casa do genitor e não há qualquer indício de violência física ou psicológica contra a menor.

Diante do exposto, requerem, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem de *habeas corpus* para que seja cassada a decisão impugnada, cessando assim o constrangimento ilegal imposto à menor, com a suspensão da determinação de acolhimento institucional e a recolocação da paciente sob a guarda do pai até o trânsito em julgado do agravo de instrumento interposto na instância de origem (fl. 12 e-STJ).

É o relatório.

DECIDO.

A liminar merece ser deferida.

Na hipótese, a via eleita utilizada pelos impetrantes não é adequada, nos termos da Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal, aqui aplicada por analogia, já que o presente *habeas corpus* foi impetrado contra decisão de Desembargador Relator que indeferiu pedido liminar formulado na instância precedente.

Contudo, diante da possibilidade, em tese, de se conceder a ordem, de ofício, este *writ* deve ser processado por estarem configurados a plausibilidade jurídica do pedido e o perigo da demora.

Ressalta-se, ainda, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em situações excepcionalíssimas, dada a potencial possibilidade de ocorrência de dano grave e irreparável aos direitos da criança, permite o afastamento de todos os óbices que, em princípio, acometem o presente *writ* e que, ordinariamente, culminariam no seu não conhecimento.

No caso há flagrante ilegalidade identificável de plano a ensejar, em exame

perfunctório, o deferimento do pedido liminar de desabrigamento da menor e sua entrega ao pai registral até a conclusão dos pedidos de guarda relativos à infante.

Aliás, em casos como o ora em voga, em que há interesse de menor em jogo, é indispensável emprestar maior celeridade aos atos processuais a fim de ser realizada a justiça do caso concreto, visto versar sobre a vida familiar e os laços emocionais de hipervulnerável.

Apesar da grave circunstância exposta no presente feito — a genitora declara que o pai registral não é o pai biológico da criança, bem como que após o nascimento da filha, entregou-lhe para criação, porém arrependeu-se, situação que necessita e vai ser mais bem esclarecida nos processos em trâmite no juízo de origem —, o fato é que a menor, não obstante a tenra idade (conta apenas com cinco meses de vida) permaneceu na residência do pai registral e lá vem sendo cuidada pela família dele e recebendo os cuidados materiais necessários como se pode aferir do conjunto fático-probatório anexado aos autos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, ao preconizar a doutrina da proteção integral (artigo 1º da Lei nº 8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança. As medidas de proteção, como o acolhimento institucional, são adotadas quando verificadas quaisquer das hipóteses do art. 98 do ECA, a saber:

> *"I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;*
> *II - por falta, omissão ou **abuso** dos pais ou **responsável**;*
> *III - em razão de sua conduta"* (grifou-se).

No caso em exame, a avaliação realizada pelo serviço social judiciário constatou que a criança L. D. está recebendo os cuidados necessários às suas necessidades básicas na residência do pai registral (fls. 424 e-STJ). Não há, assim, em princípio, nenhum perigo em sua permanência com ele e sua família, ao menos até o julgamento final da lide principal.

Afere-se do relatório psicossocial ainda que a menor já demonstrava se encontrar acolhida pelo pai registral e também por sua esposa R., demonstrando bom estado de saúde física (fl. 424 e-STJ).

No caso, importante registrar que já foi determinada pelo juízo de primeiro grau a realização do exame de DNA, no sentido de ser apurada a controvertida questão relativa à paternidade biológica da criança, de modo que, até que se tenha esse resultado e posterior deliberação judicial sobre ele, pelo menos, é conveniente que a infante seja mantida no ambiente familiar em que se encontra, até porque se trata da residência do seu pai registral.

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:

> *"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 221.594/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/3/2012, DJe 21/3/2012 - grifou-se).

> *"PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR VISANDO A ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. ANULAÇÃO DE REGISTRO. PERDA 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, consequentemente, 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 18.329/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/9/2011, DJe 28/11/2011 - grifou-se).

Inexistente alegação dessa natureza nos autos, deve a criança ser protegida de sucessivas e abruptas alterações em seu lar, com vistas à proteção de sua estabilidade emocional.

O requisito do *fumus boni iuris* extrai-se do fato de que a permanência em orfanato acarreta, de plano, verdadeiro atentado à liberdade de ir e vir da criança, bem como risco de trauma psicológico desnecessário.

Por sua vez, o *periculum in mora* decorre da impossibilidade de se estabelecer qualquer prazo para que a medida que determinou a entrega da menor ao abrigo seja apreciada

pelo Judiciário.

Ademais, a Terceira Turma desta Corte, em julgado recente - MC nº 18.329/SC, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20.9.2011 -, fixou o entendimento de que, **na ausência de perigo de violência física ou psicológica contra a criança, a sua busca e apreensão com acolhimento institucional, no curso de qualquer ação em que se discuta a custódia física da infante, representa evidente afronta ao melhor interesse do menor**.

No mesmo sentido:

> *"HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. POSSÍVEL PRÁTICA DE 'ADOÇÃO À BRASILEIRA'. CONVÍVIO COM A FAMÍLIA REGISTRAL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ORDEM CONCEDIDA.*
> *1.- **A despeito da possibilidade de ter ocorrido fraude no registro de nascimento, 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.- Ordem concedida"* (HC 291.103/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 5/8/2014, DJe 29/8/2014 - grifou-se).

Ante o exposto, à luz de um juízo de cognição sumária, defiro a liminar para determinar a imediata entrega da menor L. D. ao pai registral G. D., afastando, pelo menos por ora, o recolhimento institucional, o que traduz o melhor interesse da criança, neste momento, que tem direito a um lar (art. 227 da Constituição Federal), até o desfecho das ações de guarda e de busca e apreensão c.c. o cancelamento de registro perante o juízo de primeiro grau.

Comunique-se ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ibitinga/SP, com urgência, solicitando-lhes informações pormenorizadas necessárias à instrução deste *writ*.

Após, abra-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019.

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator