

PROCESSO DE ADOÇÃO DE RECÉM-NASCIDO EM ESTADO DE ABANDONO E O ALCANCE TÉCNICO-JURÍDICO DAS EXPRESSÕES “INFANTE EXPOSTO” E “PAIS DESAPARECIDOS”

Epaminondas da Costa
Promotor de Justiça em Uberlândia

Introdução

Em determinado caso, a requerente fundamentou o pedido *restrito* de adoção no fato de que a adotanda havia sido deixada à porta de sua casa no 26º (vigésimo sexto) dia do nascimento, vindo a ser criada e educada desde então pela adotante.

À época da formulação de tal pleito, a criança contava com a idade de 09 (nove) anos.

Na petição inicial, foi informado ainda que a mãe biológica da infante se encontrava em lugar incerto e não sabido, embora fosse conhecido o seu nome verdadeiro.

Em síntese, a peça inaugural restringiu o pedido à simples colocação da adotanda em família substituta, nada falando sobre a decretação judicial da perda do poder familiar, pedido este que se impõe em muitos casos como uma espécie de questão prejudicial, da qual dependerá o deferimento da adoção (art. 45, § 1º¹¹⁴, do ECA¹¹⁵).

O questionamento que ora se coloca, portanto, é, se numa situação como esta e levando-se em conta o disposto no art. 1.624 do Código Civil¹¹⁶, seria dispensável a cumulação do pedido de adoção com o de perda do poder familiar, em procedimento contraditório,

¹¹⁴ Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder.

¹¹⁵ ECA – Abreviatura de Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹¹⁶ Art. 1.624. Não há necessidade do consentimento do representante legal do menor, se provado que se trata de infante exposto, ou de menor cujos pais sejam desconhecidos, estejam desaparecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar, sem nomeação de tutor; ou de órfão não reclamado por qualquer parente, por mais de 1 (um) ano.

por força do disposto no art. 24 do ECA¹¹⁷, seguindo-se, pois, a necessária citação da requerida para os termos da *ação* de adoção. Noutras palavras, a hipótese seria daquelas que dispensaria o consentimento da mãe no processo de adoção? Sob qual fundamento dar-se-ia essa dispensa: “infante exposto” ou “pais desaparecidos”? Em caso negativo, quais requisitos básicos deveria conter a petição inicial?

Com efeito, é forçoso definir a extensão semântica das locuções “infante exposto” e “pais desaparecidos” a que alude o citado art. 1.624 do Código Civil. Isto porque, quanto à frase “menor cujos pais sejam desconhecidos”, não há dúvida em relação ao seu alcance, ou seja, não se pode exigir o consentimento de alguém cujo nome não figure no assento de nascimento do adotando como seu ascendente (“pais desconhecidos”!).

Advirta-se, desde logo, que, em sentido técnico-jurídico, a expressão “infante exposto” a que se refere o art. 1.624 do Código Civil não é sinônima de “recém-nascido” enjeitado pela mãe, mas, sim, a criança vítima de *maus-tratos* permanentes, caracterizados, sobretudo, pelo desinteresse demonstrado pelos pais em proporcionar bem-estar material e moral aos filhos, ainda que lhes assegurando o mínimo necessário, haja vista o disposto nos arts. 19 e 23 da Lei nº 8.069¹¹⁸, de 13/07/1990. Neste caso, torna-se dispensável o consentimento do representante legal do *menor*, bem como a prévia decretação da perda do poder familiar para fins de adoção, numa espécie de presunção legal extraordinária de sua abdicação (poder familiar) pelos pais, inclusive em se tratando de adolescente, por força do sentido ampliativo que a expressão “infante exposto” deve assumir.

De resto, a expressão “pais desaparecidos” está relacionada com a chamada ausência, quer dizer, morte presumida. Em tal situação, tem-se por desnecessário o consentimento dos pais do adotando, diante da extinção factual e automática do poder familiar (art. 1.635, I, do Código Civil).

¹¹⁷ Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

¹¹⁸ Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder.

Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

Por conseguinte, a presente discussão é relevante, à medida em que, sem a violação do princípio constitucional do devido processo legal¹¹⁹, possam ser garantidas maior celeridade e maior simplicidade ao processo de colocação em família substituta, sob a forma de adoção, com vistas a ser preservado prontamente o direito fundamental da convivência familiar (cf. art. 19 do ECA).

X-X-X-X-X-X-X-X

Desenvolvimento da tese

Inicialmente, é importante destacar que o art. 282, inciso IV, do Código de Processo Civil estabelece como um dos requisitos obrigatórios da petição inicial justamente o pedido, com as suas especificações, ou seja, a pretensão da parte, em toda a sua extensão, deve ficar consignada explicitamente na petição de ingresso da ação.

De igual modo, a peça inaugural deve conter o pedido expresso de citação da parte ré ou do requerido, mesmo nos procedimentos de jurisdição voluntária, de regra.

Vê-se, pois, que numa *ação* de adoção, tendo por questão prejudicial a decretação da perda do poder familiar, tal pedido deverá estar inserto explicitamente na petição inicial, com a indicação, obviamente, do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido (art. 282, III, do CPC¹²⁰).

No caso aqui exemplificado, a causa de pedir estaria alicerçada no abandono da adotanda pela mãe, o que, nos termos do art. 1.638, II, do Código Civil, daria ensejo à perda do poder familiar por ato judicial, fazendo com que, só então, o consentimento da requerida em relação àquela adoção se tornasse dispensável.

É que, apesar de o art. 1.624 do Código Civil não exigir o consentimento dos pais quando se tratar de *infante exposto*, por exemplo, aperfeiçoando assim a redação do art. 45, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que não prevê esta hipótese, faz-se necessário compreender a verdadeira dicção da expressão “infante exposto”.

¹¹⁹ O princípio do devido processo legal compreende, dentre outras coisas, a noção de ampla defesa e de contraditório, além do respeito aos cânones processuais, autoridade competente *etc.*

¹²⁰ CPC – Abreviatura de Código de Processo Civil.

De igual modo, é imperioso definir a extensão do sentido da locução “pais desaparecidos”, posto que na presente situação poderia ser cogitado, à guisa de ilustração, que, estando a requerida “desaparecida”, seria, então, desnecessário o seu consentimento. Noutras palavras, por essa linha de raciocínio, bastaria ser comprovado nos autos do pedido de adoção o paradeiro ignorado da suplicada, independentemente de sua citação para os termos do pedido ou da ação de perda do poder familiar, no processo de adoção ou em autos em apartado.

Para tanto, poder-se-ia argumentar que na sintaxe do comando normativo emergente do citado art. 1.624 do Código Civil foi dado ênfase ao adjetivo “provado”, seguido da conjunção condicional “se”, sem cogitação de maiores formalidades.

Entretanto, deve-se ter extremo cuidado, primeiramente, em relação à aceção em que a expressão “infante exposto” está empregada no texto legal, à qual se tem emprestado vários sentidos, até mesmo antagônicos ou ambíguos.

Na Enciclopédia Jurídica Leib Soibelman, por exemplo, está anotado que “São considerados expostos os infantes até sete anos de idade, encontrados em estado de abandono, onde quer que seja” [numa instituição, numa rua *etc*]. Logo, está afastada aqui a idéia de recém-nascido, deixado, literalmente, numa “lata de lixo” ou à porta da casa de alguém.

Em contrapartida, há quem sustente que a expressão “infante exposto” se refira a crianças cujo registro ilegal de paternidade tenha sido anulado, e desde que os pais biológicos não possam ser identificados (ascendência desconhecida!) ¹²¹, ou seja, esta expressão não significaria, necessariamente, criança “abandonada”.

Vê-se, assim, que a locução “infante exposto” possui sentido ambíguo, sendo que, por essa última concepção (criança sem ascendência conhecida), ela não guardaria nenhuma relação com a idéia de maus-tratos, definida, segundo o Código Penal, como sendo:

Maus-tratos

Art. 136. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer

¹²¹ Cf. Adoções Irregulares. <http://www.mundomulher.com.br/mundomulher/mostra.asp?cod=1905>. Fonte: Amanda Dorian – Para o Jornal o Popular. Acesso em 06/12/2004.

sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

§ 3º Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

O Dicionário Aurélio¹²², por sua vez, registra que a locução *criança exposta* é sinônima de *criança enjeitada*, ou, ainda, “criança que foi abandonada pelos pais; exposto”.

Em sentido técnico-jurídico, a expressão “infante exposto” há de ser compreendida como veiculadora da noção de criança abrigada, posto que a institucionalização, em si, encerra a oficialização do abandono, mormente se os pais deixam de lutar para ter os filhos sob a sua guarda e criação, tomando **rumo ignorado**. Noutras palavras, somente na hipótese do *abandono qualificado* consubstanciado na institucionalização do *infante*, somando ao paradeiro incerto ou desconhecido dos pais tornar-se-á dispensável o seu consentimento para fins de colocação em lar substituto, nas hipóteses em que não tenha havido a prévia extinção do poder familiar.

De qualquer modo, os autos do *processo de acolhimento*¹²³ devem conter dados indicadores de que, efetivamente, os pais do infante estejam em lugar incerto e não sabido, especialmente diante do disposto no art. 92, I, II e VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo texto assim estabelece:

Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de abrigo deverão adotar os seguintes princípios:

¹²² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário aurélio**. Versão eletrônica 2.0. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

¹²³ “Processo de acolhimento”: trata-se aqui do conjunto de atos e/ou de fatos oficiais relacionados com institucionalização/abrigamento de uma criança ou adolescente, ou seja, a expressão está sendo empregada na acepção do direito processual.

I - preservação dos **vínculos familiares**;

II - integração em família substituta, **quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem**;

VIII - preparação gradativa para o desligamento;

A rigor, se assim não fosse, ter-se-ia por inócua a previsão contida no art. 1.638, inciso II, do Código Civil¹²⁴, bastando, portanto, ficar provado no processo “sumário” de adoção, por testemunhas, tratar-se de situação envolvendo “abandono” do adotando. Quer dizer, não haveria sentido algum de o abandono figurar como fundamento legal autônomo para a ação de perda do poder familiar por ato judicial, na qual, obviamente, será necessária a citação do(a/s) requerido(a/s), por envolver a idéia de litúgio. Neste caso, vige o princípio constitucional do devido processo legal, ou seja, observância das formas processuais, contraditório e ampla defesa, autoridade judiciária competente *etc.*

Aliás, é tão verdadeira a premissa de que somente em caso de institucionalização (abrigamento) pode-se falar oficialmente em abandono, que nitidamente ressaí do texto da Lei nº 8.069/90 a idéia, segundo a qual, esgotadas as medidas seqüenciadas no art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹²⁵, a penúltima delas deverá ser justamente o “abrigo em

¹²⁴Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

II - deixar o filho em abandono;

¹²⁵ TÍTULO II - Das medidas de Proteção (artigos 98 a 102)

CAPÍTULO II - Das medidas Específicas de Proteção (artigos 99 a 102)

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - abrigo em entidade;

VIII - colocação em família substituta.

Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

entidade” e, como última medida, a “colocação em família substituta”, sendo a adoção uma de suas formas (art. 92, II, do ECA).

Em corroboração dessa tese, deve-se lembrar que o parágrafo único do citado art. 101 define o abrigo como “medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta”, trazendo subjacente, portanto, a noção de que a institucionalização se traduz em exposição a perigo ou em violação de direitos da criança ou do adolescente encontrados nessa situação (abrigamento), particularmente ofendendo o direito fundamental da convivência familiar: donde a colocação em família substituta, em caráter excepcional, sem que para isto haja a necessidade do ajuizamento da ação de perda do poder familiar, de regra.

Nesse diapasão, “*F. Pilotti afirma, finalmente, que ‘o ato da institucionalização é em si mesmo uma forma de abuso infantil’*”¹²⁶.

Não obstante, há que se atentar para a existência de uma forma especial de institucionalização, transitória, de iniciativa dos pais da criança, diante de dificuldades econômicas, sociais e/ou psicológicas momentâneas suas, os quais, portanto, assim agem visando a evitar a exposição a perigo da vida ou da saúde do filho, quer o privando dos cuidados necessários, quer o privando de alimentação, por falta de condições econômico-financeiras.

Note-se que a exposição a perigo da vida ou da saúde de uma criança ou de adolescente, na conformação do art. 136 do Código Penal, se traduz em maus-tratos, o que, em certas condições, autoriza a colocação do “infante exposto” em lar substituto.

É evidente que a simples condenação pelo crime de maus-tratos não autorizará a colocação do paciente em lar substituto, sob pena de haver a violação do direito fundamental de toda criança ou adolescente de ser criado e educado no seio de sua família, admitindo-se apenas em caráter excepcional o afastamento deste direito (cf. art. 19 do ECA). Logo, a teor do disposto no art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹²⁷, por exemplo, a família

¹²⁶ DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenadores). ***Direito de família e o novo código civil***. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 147.

¹²⁷ TÍTULO IV - Das medidas Pertinentes aos Pais ou Responsável (artigos 129 e 130)

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

- I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;
- II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
- IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

que tenha se omitido ou abusado no exercício do poder familiar deverá contar com a ajuda efetiva do Poder Público e da Sociedade no sentido de se colocar em condições de criar e educar os filhos, não podendo o descumprimento deste dever pela Sociedade ou pelo Poder Público ser ofuscado ou camuflado por meio do instituto da adoção.

Repita-se, então: os autos do *processo de acolhimento* devem conter dados concretos, tais como relatórios, ofícios *etc* reveladores do exaurimento sem sucesso das medidas de iniciativa da comunidade e/ou do Poder Público em prol do fortalecimento moral, psicológico ou sócio-econômico dos pais do infante exposto, bem como de estarem eles em lugar incerto e não sabido. Isto porque, sendo conhecido o seu paradeiro, vezes há em que eles não perdem o contato com os filhos institucionalizados, sempre na expectativa de retomar a sua guarda, criação e educação, devendo, portanto, serem sempre ouvidos acerca da medida, ou caso não concordem com ela, deverão ser citados na correspondente ação que tenha por objeto a decretação da perda do poder familiar.

Não se perca de vista, ademais, que a criança entregue a terceiro, parente ou não, e que não esteja institucionalizada, não pode ser considerada “infante exposto” para os fins do art. 1.624 do Código Civil.

É que, não raras vezes, os pais, sem desejar abandonar os filhos e por não possuírem as condições mínimas necessárias ao seu bem-estar, entregam-nos a pessoa idônea de sua confiança para criá-los momentaneamente, com a intenção de tê-los de volta futuramente. Passado algum tempo, o guardião de fato acaba se apegando à criança, não querendo devolvê-la aos pais, inclusive alegando o “abandono” dela, bem como o inverídico paradeiro ignorado dos genitores.

Numa situação como essa seria um contra-senso falar em “abandono”, isto é, em exposição do infante, porquanto estando o mesmo sob os cuidados de alguém, inexistiria o

V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua freqüência e aproveitamento escolar;

VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;

VII - advertência;

VIII - perda da guarda;

IX - destituição da tutela;

X - suspensão ou destituição do pátrio poder.

Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos artigos 23 e 24.

dano potencial à sua vida ou à sua saúde, tornando até mesmo atípica a conduta dos pais no campo penal (cf. art. 136 do Cód. Penal).

Note-se que, conforme já afirmado alhures, a locução “infante exposto” tem o sentido de pessoa deixada em perigo ou abandonada, segundo se extrai da Enciclopédia Jurídica Leib-Soibelman¹²⁸.

Aliás, no dizer de Regina Beatriz Tavares da Silva¹²⁹, na fase final de tramitação do projeto do novo Código Civil, houve a supressão na Câmara dos Deputados da expressão “menor abandonado”, devido “à carga de preconceito que tem”, de tal sorte que o pré-requisito do abandono para fins de dispensa do consentimento na adoção de menor não-infante ficou apenas implícito ou nas entrelinhas da redação final do mencionado artigo de lei, conforme se vê: “(...) menor cujos pais sejam desconhecidos, estejam desaparecidos...”.

No Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984 (“nº 634/75, na Casa de Origem”), o art. 1.643 possuía a seguinte redação:

“Art. 1.643. Não há necessidade do consentimento do representante legal do menor, se se provar que se trata de “infante exposto”, ou de “menor abandonado”, cujos pais sejam desconhecidos, estejam desaparecidos, ou tenham sido destituídos do pátrio poder, sem nomeação do tutor; ou do órfão não reclamado por qualquer parente, por mais de um ano” (sem grifos no original).

É fácil perceber, assim, que inicialmente o legislador quis estabelecer duas categorias distintas de vítimas do enjeitamento: a criança (infante) e o menor não-infante, abrangendo, pois, nesse caso, o adolescente.

A bem da verdade, na redação definitiva do art. 1.624 do Código Civil, apesar do aperfeiçoamento do texto, estabeleceu-se a dicotomia em relação a um mesmo fenômeno social que, antologicamente, é uno, ou seja, a expressão “menor abandonado” encerra a mesma realidade social cindida pelo legislador: a do “infante exposto” e a do “menor abandonado”, quer porque os pais sejam desconhecidos, quer porque eles tenham deixado o seu domicílio sem deles haver notícia, bem como sem a constituição de procurador ou representante a quem caiba administrar-lhes os bens.

¹²⁸ SOIBELMAN, Leib. *Op. cit.*

¹²⁹ FIUZA, Ricardo (Coordenação). *Novo código civil comentado*. 1ª ed. 3ª tir. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 1.435-1.436.

Conseqüentemente, em sentido ampliativo, a expressão “infante exposto” compreende a noção de criança e de adolescente institucionalizados cujos pais sejam desconhecidos, estejam em lugar incerto ou não sabido ou estejam desaparecidos (morte presumida), de forma que seja prescindível o consentimento do representante legal do menor no processo de adoção.

A propósito, essa desnecessidade do consentimento do representante legal do menor (art. 1.624 do Código Civil) traz subjacente a dispensabilidade de sua citação para a medida (adoção) e, *a fortiori*, dispensável restaria, igualmente, o ajuizamento da ação de perda do poder familiar ou a cumulação deste pedido no processo de adoção.

É que, nesse caso, vigorará a presunção legal extraordinária da abdicação do poder familiar pelos pais, contanto que esteja o adotando institucionalizado e desde que seja incerto ou ignorado o paradeiro dos pais ou que eles sejam desconhecidos, vale dizer, a adoção não exigirá a prévia decretação da perda do poder familiar. Do contrário, haverá a necessidade da instauração do procedimento contraditório, à luz da disposição peremptória inserta no art. 24 da Lei nº 8.069/90, assim expreso:

Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

• **Vide arts. 1.635 a 1.638 do Código Civil.**

No caso de pais desaparecidos – morte presumida -, conforme será demonstrado adiante, a dispensa do seu consentimento para fins de adoção estará fundada na extinção do poder familiar consubstanciada no art. 1.635, I, do Código Civil.

Diga-se de passagem que o Professor JOSÉ DE FARIAS TAVARES chega a defender o ponto de vista, segundo o qual se os pais estiverem em lugar incerto e não sabido bastará a “extinção do poder-dever familiar, declarada pelo juiz nos mesmos autos do procedimento de adoção, por economia processual, concatenando-se, assim, as regras dos arts. 129, X, 155, 163, 22 e 24, do Estatuto, e 395, II, do Código Civil de 1916, e CC/2002, arts. 1.635, V, e 1.638, *caput*”¹³⁰.

¹³⁰ TAVARES, José de Farias. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 4ª ed., rev. ampl. e atual. com dados comparativos entre os dispositivos do Código Civil de 1916 e o novo Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 57.

Não obstante, é preciso atentar-se, em regra, para o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, bem como do devido processo legal, significando, portanto, que não se pode decretar a perda do poder familiar a torto e a direito, diante de uma simples alegação de que os requeridos estejam em lugar incerto e não sabido. As razões dessa cautela foram analisadas alhures.

Enfim, no que diz respeito à locução “pais desaparecidos” também constante do art. 1.624 do Código Civil, não significa que basta a demonstração de que eles tenham tomado rumo ignorado ou de que não se saiba o seu paradeiro. Isto porque aqui a expressão “pais desaparecidos” é sinônima de pais ausentes.

A ausência, como sabemos, está regulada nos arts. 22 e seguintes do Código Civil, dependendo, portanto, da verificação do prazo previsto em lei, bem como de sentença judicial passada em julgado que concede a abertura da sucessão provisória por motivo de **morte presumida** – a chamada ausência.

Observe-se que a palavra “ausência” vem do latim “absentia”. “Falta de comparecimento. Inexistência. Afastamento”¹³¹.

Ainda segundo LEIB SOIBELMAN:

“A própria lei emprega muitas vezes o termo ‘ausência’ em sentido comum de não-presença de alguém num lugar ou num ato. Só se pode considerar alguém juridicamente como ‘ausente’ depois de declarado como tal pelo judiciário”¹³².

Em síntese, fora das hipóteses de morte presumida (ausência) e de “abandono qualificado” (menor institucionalizado cujos pais estejam comprovadamente em lugar incerto e não sabido), a ausência da concordância inequívoca dos pais com a adoção, exigirá, então, a formulação do pedido de perda do poder familiar nos mesmos autos da adoção ou em autos em apartado, com a necessária indicação da causa de pedir, requerimento de citação *etc.*

Em termos práticos, a diferenciação aqui apontada visa a demonstrar que, embora ordinariamente seja indispensável o cumprimento de inúmeras formalidades legais no processo de colocação de criança ou adolescente em lar substituto, tais como a citação editalícia, nomeação e participação do curador especial em todos os termos do processo, inclusive requerendo a produção de provas em prol dos requeridos citados por edital, ou mesmo a busca de sua citação

¹³¹ SOIBELMAN, Leib. Enciclopédia Jurídica. Versão 3.0 - Eletrônica. Editora Elfez, 2004.

¹³² *Ibidem*.

pessoal e direta, hipóteses há em que tais formalidades serão dispensáveis, à guisa de ilustração, no pedido de adoção de “menor” exposto.

De resto, não se pode esquecer da existência da corrente doutrinária que defende o ponto de vista, segundo o qual, estando a criança ou adolescente privado da representação ou da assistência legal dos pais ou do tutor ou do “guardião”, tal “(...) papel será desempenhado por um curador especial (Código de Processo Civil, art. 9º, combinado com o art. 152, do Estatuto), nomeado exclusivamente para isso pelo Juiz da Infância e da Juventude”¹³³.

Nesse diapasão, aliás, o art. 142 do Estatuto da Criança e do Adolescente estatui que:

Art. 142. Os menores de 16 (dezesseis) anos serão representados e os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 21 (vinte e um) anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual.

Parágrafo único. A autoridade judiciária dará **curador especial** à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.

Conclusões:

- 1) Em sentido técnico-jurídico, a expressão “infante exposto” referida no art. 1.624 do Código Civil não é sinônima de “recém-nascido” enjeitado pela mãe, mas, sim, a criança vítima de maus-tratos permanentes (abrigamento não-eventual), caracterizados, sobretudo, pelo desinteresse demonstrado pelos pais no curso da institucionalização (abrigamento) em proporcionar bem-estar material e moral aos filhos, ainda que lhes assegurando o mínimo necessário, em respeito ao direito fundamental da convivência familiar e dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Em suma, a institucionalização não-eventual encerra a oficialização do abandono, isto é, a exposição da criança assim encontrada. Daí a dispensabilidade do consentimento dos pais, bem como da prévia decretação da perda do poder familiar para fins de adoção, nesse caso.

¹³³ TAVARES, José de Farias. *Op. cit.*, p. 56.

- 2) A expressão “pais desaparecidos” não significa pais em lugar incerto e não sabido, tendo relação, isto sim, com a noção de morte presumida. Logo, sendo a morte causa legal de extinção do poder familiar, nos termos do art. 1.635, I, do Código Civil, tem-se por desnecessário o consentimento do representante legal do *menor* em relação à adoção. O mesmo raciocínio deverá ser empregado quanto à dispensabilidade da prévia decretação da perda do poder familiar.

Uberlândia, 07 de março de 2005