

A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA PELOS PAIS BIOLÓGICOS AO ADOTADO

Joanna Massad de Oliveira*

Sumário: 1 Introdução. 2 A tutela do ordenamento jurídico à concessão de pensão alimentícia pelos pais biológicos ao adotado: 2.1 A ponderação de direitos: o conflito entre o direito a alimentos do adotado e o direito patrimonial dos pais biológicos. 2.2 A possibilidade expressa no CC/16. 2.3 A possibilidade implícita após a CF/88 e ECA. 3 O efeito do reconhecimento da possibilidade de concessão sob o vínculo da adoção. 4 As condições para o deferimento. 5 Os limites da concessão. 6 Conclusão.

Resumo: Tratamos, neste trabalho, de uma hipótese ainda não regulamentada pelo legislador brasileiro, que é a possibilidade de concessão de pensão alimentícia ao adotado em face dos pais biológicos. Apesar de ainda não prevista expressamente, demonstraremos que não há nenhuma vedação para a sua permissão, como também, pode ser extraída da interpretação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Palavras-chave: Adoção; Alimentos; Estatuto da Criança e do Adolescente; Constituição Federal de 1988.

Abstract: This work demonstrates an idea not yet visualized by the brasilian lawmaker that is the possibility of biological parents granting alimony to their child who has been adopted by other family. In spite of this situation, we will expose that there is no barrier to recognize it, and also, it can be taken off from the interpretation of the Constituição Federal de 1988 and the Estatuto da Criança e do Adolescente.

Key-words: Adoption; Alimony; Estatuto da Criança e do Adolescente; Constituição Federal de 1988.

* Aluna do 5º ano do curso de Direito da Univesidade Salvador – UNIFACS.

1 INTRODUÇÃO

A adoção, atualmente, é vista como forma de inserção da criança e do adolescente num ambiente familiar de forma definitiva e com a aquisição do vínculo jurídico próprio da filiação. Dessa forma, há o rompimento do liame com a família natural. Cabe aos pais e parentes sócio-afetivos prover o sustento do jovem adotado e, em decorrência da extinção dos vínculos com a família biológica, não mais subsiste, teoricamente, a obrigação desta de prestar alimentos ao jovem.

Entretanto, constatamos que essa interpretação não é a mais adequada, não tendo o dispositivo legal (art. 41, ECA) o condão de extinguir em absoluto os laços naturais, não sendo, por isso, um empecilho para o adotado receber alimentos dos pais naturais. Assim, embora a regra geral seja que o adotado receba alimentos dos pais ou parentes sócio-afetivos, o encargo destes não exclui o dever dos genitores de proverem o sustento da prole em determinadas circunstâncias.

Logo, plausível a permissiva do adotado reivindicar o crédito alimentar em face de seus pais biológicos quando os sócio-afetivos não estiverem em condições de atender todas as suas despesas. Indispensável para se alcançar essas conclusões a menção à posição defendida pelos doutrinadores brasileiros, bem como às exíguas decisões judiciais acerca do tema.

2 A TUTELA DO ORDENAMENTO JURÍDICO À CONCESSÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA PELOS PAIS BIOLÓGICOS AO ADOTADO

2.1 A ponderação de direitos: o conflito entre o direito a alimentos do adotado e o direito à segurança jurídica dos pais biológicos

A questão que se põe em debate - direito a alimentos do filho adotado por outrem em face dos pais biológicos - enfrenta o embate entre dois direitos fundamentais previstos na CF/88: direito a alimentos do filho, contido no direito à vida, e direito à segurança jurídica dos pais biológicos. Trataremos dos mecanismos que dispomos de solução para as situações em que estão em cheque esses dois direitos fundamentais, tendo em vista a teoria que entendemos mais adequada para tanto – a de Robert Alexy.

Antes, imperioso fixar algumas premissas. Cumpre esclarecer que, não obstante as discussões doutrinárias acerca do conceito de “*princípio*”,¹ nesta oportunidade, tendo em vista critério estabelecido por Robert Alexy, partimos da consideração de que os textos constitucionais relativos ao direito a alimentos e direito à segurança jurídica constituem normas principiológicas. Estes dois textos, aliás, expressam princípios mesmo diante do conceito tradicionalmente utilizado na literatura jurídica.

Outra premissa também precisa ser debatida para que então se proceda à averiguação dos mecanismos que direcionam a resolução do embate entre princípios. Trata-se do alcance da compreensão de que os princípios, de maneira diferente das regras (que se referem deveres definitivos), expressam deveres *prima facie*. Ou seja, tendo em vista as possibilidades um determinado caso concreto, o dever expresso pela norma principiológica não é definitivo, realizável. Antes, o dever definitivo será aquele que se obterá após a ponderação entre os direitos fundamentais em colisão. Isto significa que, da mesma forma que os princípios são deveres *prima facie*, os direitos assegurados por eles também o são.²

Assim, diante de um conflito que envolve o direito a alimentos e o direito à segurança jurídica, imperioso partir da intelecção de que estes princípios expressam deveres *prima facie*, que apenas se converterão em mandamento definitivo após a execução do sopesamento entre os dois direitos fundamentais.

A maneira como deve ser realizado este sopesamento, de maneira a harmonizar e dirimir o conflito que surge com a colisão entre os direitos fundamentais, pode ser extraída, de maneira completa e elucidativa, da teoria da estrutura dos princípios formulada por Robert Alexy, sobre a qual, porque adotamos, passa-se a explicar.

De acordo com o critério definido pela teoria dos princípios formulada por Robert Alexy,³ princípios são mandamentos de otimização, impondo a idéia de que os comandos principiológicos estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, da melhor forma possível. Assim, eles podem ser satisfeitos em diferentes

¹ Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e Regras**: mitos e equívocos de uma distinção. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/VASilva.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2011.), explica que o conceito de princípio usado por Robert Alexy difere do tradicional conceito utilizado na literatura brasileira.

² SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e Regras**: mitos e equívocos de uma distinção. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/VASilva.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2011. p. 13.

³ ALEXY, Robert. “On the structure of legal principles”, *Ratio Juris* 13.3.2003.

graus, que dependem não apenas da realidade fática, mas também das possibilidades jurídicas.

Explicita o autor que o âmbito das possibilidades legais é determinado pela valoração entre princípios e regras. Toda norma, segundo aduz, ou é um princípio ou é uma regra, e a diferença entre eles é de qualidade, não de grau: regras são normas que representam “tudo ou nada”, ou seja, são comandos definitivos, que, se válidos, requerem que alguém faça exatamente o que determina a regra, nem mais nem menos. Uma colisão entre duas regras, portanto, é solucionada introduzindo-se uma cláusula de exceção, ou considerando-se que uma delas é inválida.

Ao revés, quando se considera o âmbito principiológico, a solução para o conflito entre dois princípios é diferente: é imperioso considerar as condições que envolvem a situação que se analisa, que são variáveis, e expressam que as relações entre princípios de um sistema não são absolutas, mas apenas condicionais e relativas. Sob determinadas condições um princípio tem mais importância do que o outro, que, por sua vez, em outras circunstâncias, pode prevalecer sobre aquele. Nas palavras do autor:

Se um princípio P_1 tem prioridade sobre um princípio P_2 sob as condições C : $(P_1 \succ P_2) C$, e se P_1 sob as condições C significa o efeito legal R , então a regra válida é a que compreende C como um fato em vigor e R como efeito legal: $C \rightarrow R$.⁴

Ou seja, a ideia de que princípios são comandos que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível pode ser bem visualizada quando da análise do que denominamos colisão entre eles: a realização completa de um princípio pode não ser possível por conta da realização de outro princípio, o que deve ser resolvido utilizando o sopesamento entre eles: este sopesamento resultará em uma regra a ser aplicada naquele caso (um resultado ótimo), que depende das condições do caso concreto.⁵ O princípio P_1 , portanto, nem sempre prevalecerá sobre o princípio P_2 , pois dependerá das variáveis envolvidas na questão. A regra R , pois, resultado do sopesamento, pode ser aplicável naquele caso apresentado ou em outros cujas realidades fáticas e jurídicas são idênticas; mudando-se as variáveis, a regra extraída torna-se inócua.

O que se depreende, pois, da teoria aqui explanada e defendida, é que a busca por uma solução adequada para a colisão sob exame é indissociável da análise das condições

⁴ If principle P_1 takes priority over principle P_2 under conditions C : $(P_1 \succ P_2)C$, and if P_1 under conditions C implies legal effect R , then a rule is valid that comprises C as the operative facts and R as legal effect: $C \rightarrow R$.

⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e Regras**: mitos e equívocos de uma distinção. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/VASilva.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2011.

(variáveis) que envolve o caso a ser dirimido, tendo em vista a inexistência – pela própria impossibilidade – de uma solução pronta, acabada.

Firmada essa base teórica e voltando-se para sua aplicação dentro de um embate envolvendo os direitos aqui analisado (direito a alimentos *versus* direito à segurança jurídica), nos aproveitamos de um exemplo formulado por Rolf Madaleno, porque elucidativo, para construir a solução de qual direito deve prevalecer no caso concreto:

Colha-se, por exemplo, um rico fazendeiro que rejeita seu filho biológico e renega a mulher com a qual manteve envolvimento sexual que resultou no nascimento desta criança, adotada à brasileira pelo afeto de um peão desta fazenda, o qual, na seqüência, constitui estável união com a genitora deste menor.⁶

Nessas circunstâncias, caso o peão (pai sócio-afetivo) não tenha condições de arcar, sozinho, com a manutenção da criança, cabe esta receber alimentos do pai biológico? Já expomos, pela lição de Alexy, que quando colocados em confronto os direitos fundamentais mencionados, a melhor solução a ser dada é a que afete, o menos possível, cada um dos valores em choque.

Porém um valor deve ser sacrificado de forma a salvaguardar o outro. Qual seria? O direito do pai biológico que rejeitou seu filho que, posteriormente, foi acolhido por terceiro que lhe deu todo o carinho, amor, mas que não tem condições de sustentá-lo e, embora o pai biológico tenha como arcar com sua manutenção se nega a fazê-lo alegando a sua segurança jurídica de não sofrer restrições patrimoniais em face do que assevera o art. 41, ECA? Ou, deve preponderar o direito do filho que não deve ter sua vida sacrificada por não poder garantir sua própria subsistência e seu pai adotivo não tem condições de mantê-lo?

Evidentemente que, observando o princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser concedido os alimentos ao jovem, sem hesitação, impondo sacrifício ao direito fundamental à segurança jurídica do pai natural. Desse modo, verifica-se que o patrimônio dos genitores pode, sob determinadas circunstâncias fáticas e jurídicas, sofrer restrições em prol dos interesses das crianças e adolescentes.

É certo que não há uma regra preconcebida que indique a incidência deste ou daquele direito fundamental ao caso prático, como demonstrado, porquanto cabe ao julgador, ao

⁶ MADALENO, Rolf. Paternidade Alimentar. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 37, vol. 8, p. 147, ago./set., 2006.

analisar o caso, verificar qual direito fundamental deverá prevalecer diante de determinadas circunstâncias.

Mas, quando o direito em análise que se pretende tutelar for o direito à vida, deve o julgador prestigiá-lo em detrimento de eventual alegação de direito à segurança jurídica para não sofrer restrição patrimonial por parte dos pais de sangue.

Não deve imperar a alegação de segurança jurídica dos genitores porque o direito que aqui se persegue é direito fundamental de matriz constitucional que serve para a proteção à vida do indivíduo. Caso aquele direito fosse preservado em face dos alimentos, haveria ameaça à vida digna do jovem.

Diante disso, propomos que o adotado tenha não apenas o direito de conhecer sua ascendência biológica como também, a partir daí, possa exercer direitos contra o genitor, entre eles, o direito a alimentos, haja vista que o liame genético existente entre eles (relação pai e filho) gera responsabilidades na área do Direito de Família.

Pelo exposto, subsume-se que a segurança jurídica dos genitores, por si só não se sustenta na ponderação com tantos outros direitos que envolvem o direito a alimentos (vida, saúde, educação, habitação...), de modo que, normalmente aquele deverá ceder para dar lugar a outros direitos de maior relevo. Contudo, ressalte-se mais uma vez que inexistente solução preconcebida, porquanto cabe ao julgador, considerando as circunstâncias do caso, analisar qual o direito fundamental individual que deve ser assegurado.

2.2 A possibilidade expressa na vigência do CC/16

Na vigência do CC/16, o direito que aqui se quer tutelar era possível, isto é, os adotados podiam receber pensão alimentícia dos pais biológicos, sendo a pessoa que o adotou legitimada para postular os alimentos em nome do adotado, caso menor.⁷

É que, nesse período, os direitos e deveres decorrentes do parentesco natural não se extinguíam com a adoção, apenas era transferido o poder familiar para os pais adotivos. Desse modo, o filho era legitimado para pleitear alimentos em face dos pais naturais, na hipótese dos adotivos não puderem garantir todo o necessário para sua subsistência e desenvolvimento.

⁷ MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 127.

Na lição de Arnaldo Marmitt: “A adoção não tem força de desvincular *in totum* o adotado de sua família natural, vez que ele conserva seus direitos e deveres, entre os quais o de prestar alimentos aos pais de sangue e de exigi-los deles quando necessitar.”⁸

Ou seja, mesmo sendo adotado, a obrigação alimentar do filho em relação a seus pais biológicos persiste, tendo o dever de alimentar tanto o pai natural quanto o adotivo, em virtude de ser recíproco o direito a alimentos, entre pais e filhos. Mas, em contrapartida, possuía o filho adotivo o direito de obter alimentos de ambos sendo, porém, a obrigação do pai natural subsidiária à do pai adotivo.

Nesses termos, conclui-se que o escopo da legislação civilista de 1916 era de proteger os interesses das crianças e dos adolescentes, dando-lhes direito de exigir alimentos de ambos os pais – os genitores e os sócio-afetivos. E, conforme será visto a seguir, a CF/88 ratificou essa intenção.

2.3 A possibilidade implícita após CF/88 e ECA

Buscamos, neste trabalho, o reconhecimento de um direito flagrante, mas ainda não expressamente tutelado pelo ordenamento jurídico: a possibilidade da concessão de pensão alimentícia ao adotado em face dos pais biológicos. Apesar de não ser previsto, não há vedação legal para seu reconhecimento.⁹

Ademais, apesar de não estar explícito no ordenamento, como ocorria no CC/16, podemos extraí-lo, da interpretação de alguns dispositivos constitucionais. É que, o art. 227, CF/88 assegura às crianças e aos adolescentes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura e à dignidade. Por sinal, o legislador constituinte bem separa, no citado dispositivo, ser dever da família, em primeiro plano, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, os mencionados direitos. O mesmo faz o ECA no art. 4º.

Nessa legislação, há também a previsão de que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes, por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (art. 3º, ECA).

⁸ Ibid., p.130.

⁹ Cf. Informativo nº 405 do STJ.

Desse modo, o único empecilho para a concessão dessa pensão alimentícia - a previsão no art. 41 do ECA que estatui que com a adoção há o desligamento dos vínculos entre o adotado e a família de sangue – não deve ser considerado um impedimento para essa pretensão, haja vista que, se interpretado de acordo com a CF/88 e o ECA, que consagram a doutrina da proteção integral e prioridade absoluta, não deve a criança ou adolescente ficar desamparado em hipótese alguma.

E, possuindo os alimentos suporte máximo de direito fundamental, está autorizada a leitura do art. 41 do ECA de acordo com a CF/88. Aliás, nossa interpretação do art. 41 do ECA, no que concerne a extinção dos laços, é que o rompimento com a família biológica não é total, absoluto, não tendo o dispositivo essa pretensão, até porque há a manutenção do vínculo para verificar óbices matrimoniais, demonstrando, com isso, que algum interesse jurídico subjaz.

Vejam os fragmentos do parecer exarado pela Procuradoria-Geral da República no REsp 813604 - SC¹⁰ que adota a mesma opinião:

[...] Imagine-se a satisfação do genitor imoral e insensível ao ser obsequiado com a adoção de seu rebento renegado, não lhe restando, assim, nenhuma responsabilidade sobre aquele, quer moral, quer patrimonial. Melhor solução não haveria a pessoas dessa índole.

A irrevogabilidade da adoção e a extinção dos vínculos com a família biológica, não foram concebidas, por evidente, para premiar o progenitor irresponsável, ausente, imoral, que pretende escapar das consequências advindas de seus atos de instinto fisiológico, tão somente. A intenção da norma é prestigiar as situações familiares consolidadas.

Ora, no caso vertente, a insubsistência dos laços de parentesco consangüíneos apenas beneficia o genitor desidioso, não protege a recorrente, muito menos a adotanda, tomando a norma contornos para os quais não foi concebida, não atingindo os fins sociais para os quais se destina.

Desta forma, ainda que se entenda dever subsistir a adoção da recorrente, não é possível obstar que conheça quem é seu pai biológico, exigindo dele o cumprimento dos deveres concernentes a esse estado.

Disso decorre que a previsão do art. 41 do ECA conforme vem sendo lida pelos operadores do direito não está de acordo com a intenção do legislador originário, tendo em vista o benefício trazido pelo genitor desidioso e inconseqüente, o que não pode mais ser tolerado.

Logo, o Estado deve garantir esse direito ao jovem sob pena de cancelar a impunidade dos pais biológicos, relapsos em relação às conseqüências de seus relacionamentos.

¹⁰ Esse REsp será posteriormente analisado em momento adequado. Adianta-se que, no caso em apreço, a jovem foi registrada apenas com o nome da mãe biológica e, posteriormente, adotada unicamente por uma mulher. Ao tomar conhecimento da sua história, ajuizou ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos em face do pai biológico, o que foi concedido à unanimidade pela Terceira Turma do STJ.

Desejamos admitir amplamente o reconhecimento do estado de filiação e suas consequências jurídicas, inclusive patrimoniais, sempre em benefício da criança ou do adolescente.

A fim de evitar expor a perigo a vida de uma criança ou adolescente que foi adotado, mas que os pais adotivos não estão em condições de mantê-lo é plenamente cabível a concessão dos alimentos pelos genitores. Só assim estar-se-á garantindo efetivamente a doutrina da proteção integral, prioridade absoluta e princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, consagrados no ECA.

A restrição causada ao direito fundamental do pai biológico (segurança jurídica) como meio para promoção do fim almejado pelo seu filho, que foi adotado, não se mostra excessiva, principalmente considerando que os alimentos pretendidos tutelam o direito à vida.

Logo, verifica-se que buscamos, neste trabalho, albergar um direito que deveria ser o normal: o de todo o pai prover o sustento material e moral de seu filho.

Do exposto, concluí-se que nosso ordenamento, apesar de não ter previsto expressamente a possibilidade de concessão de pensão alimentícia ao adotado em face dos pais biológicos, tutelou esse direito de maneira implícita, através de adequadas operações de raciocínio dos elementos previstos na CF/88 e no ECA. Chegar a conclusão diversa é premiar os genitores irresponsáveis e egoístas pondo em risco os interesses fundamentais dos jovens que devem vir em primeiro lugar.

3 O EFEITO DO RECONHECIMENTO DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO SOB O VÍNCULO DA ADOÇÃO

O reconhecimento da possibilidade de concessão da pensão alimentícia ao adotado em face dos pais biológicos em nada repercutiria na filiação baseada na adoção por ser esta irrevogável (art. 39, § 1º do ECA).

Nesses termos, o adotado permaneceria na família sócio-afetiva. Pertinente pontuar que a ausência de condições de prover o sustento dos filhos não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar, conforme art. 23 do ECA.

Logo, só porque os pais adotivos carecem de recursos para prover o sustento do filho de afeto, não significa que perderão o poder familiar.

Ademais, apesar de o pai biológico não ter o poder familiar sobre o filho de sangue, pois este transferiu-se para os pais adotivos com a adoção, ainda assim permanece incólume seu encargo alimentar. Vejamos:

Por não ser titular do poder familiar, por ter incidido nas condutas descritas nos art. 1637 e 1638 do CC/02, o pai não fica exonerado do ônus de sustentar a prole. E, não poderia ser diferente, porque, do contrário, a perda do poder familiar, que apresenta caráter punitivo, acabaria por premiar os infratores, liberando-os do encargo que descumpriram.

É esta a posição da jurisprudência¹¹ e a opinião de Cristiano Chaves:

Importante registrar, por oportuno, que a suspensão ou destituição do poder familiar não libera o genitor sancionado do dever alimentício, permanecendo vinculado à satisfação das necessidades do filho. Nada mais lógico. Se assim não fosse, a desconstituição ou suspensão do poder familiar deixaria de ser sanção civil, passando a funcionar como verdadeiro prêmio obtido por genitores desidiosos e inescrupulosos, alcançando exatamente o fim pretendido, ainda que à custa da miséria do próprio filho. Até mesmo porque, em casos tais, se o genitor tivesse algum sentimento para com o filho, sequer haveria necessidade de discussão sobre o percentual alimentar, pois os prestaria como uma obrigação de consciência.¹²

Nesse diapasão, acreditamos que tal previsão deve ser estendida ao caso da adoção que, apesar de o poder familiar ser passado do genitor para o pai sócio-afetivo, aquele permanece com o encargo alimentar, sendo convocado para prestá-lo quando o pai de afeto não tiver como. Esta é a melhor interpretação a ser dada para garantir, de forma efetiva, o direito à vida a qual os alimentos se relaciona.

Assim, pode o filho sócio-afetivo de outrem demandar o genitor a pagar-lhe alimentos sem que a concessão desse pleito afete o vínculo da adoção, pois, em hipótese alguma, isso representaria um retorno à família natural. A adoção persiste inalterada. Não se quer aqui a troca de um pai pobre por um rico. Apenas deseja-se que o jovem tenha acobertado, por meio da imposição de um maior número de responsáveis, seu direito à vida digna.

4 AS CONDIÇÕES PARA O DEFERIMENTO DO PEDIDO

¹¹ A exemplo: Apelação nº 0016163-03.2007.8.19.0003, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Rel. Des. Renata Cotta, j. em 01.06.2011 e Apelação Cível nº 70008798415, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 30.06.2004.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de. Alimentos decorrentes do parentesco. In: PERREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e responsabilidade**: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 54-55.

A discussão que nesse tópico se põe a baila diz respeito à qualificação da responsabilidade do pai biológico alimentante. Deve ele responder pelo sustento do filho de sangue em qualquer circunstância, integralmente, ou apenas quando o pai sócio-afetivo não estiver em condições financeiras para tanto?

Como já adiantado em tópicos anteriores, pensamos, conforme a doutrina que defende a possibilidade do procriador prestar alimentos ao filho que foi adotado por outrem, que a obrigação deve existir apenas subsidiariamente: quando o pai adotivo não tiver meios para arcar com as despesas do filho e desde que os alimentos não possam ser pleiteados a nenhum parente sócio-afetivo.

Mas, vale lembrar que a pensão a ser arbitrada deve guardar paridade com a capacidade econômica do genitor, sendo esta um dos pressupostos da obrigação alimentar, que somado com a necessidade do alimentando e a proporcionalidade entre a necessidade e a possibilidade compõem o trinômio alimentar.

A hipótese é transmitida de forma clarividente por Rolf Madaleno:

Daí ser de todo defensável a possibilidade de serem reivindicados alimentos do progenitor biológico, diante da impossibilidade econômico-financeira, ou seja, diante da menor capacidade alimentar do genitor socioafetivo, que não está em condições de cumprir satisfatoriamente com a real necessidade alimentar do filho que acolheu por afeição, situação em que o pai socioafetivo tem amor, mas não tem dinheiro.¹³

Na mesma esteira de entendimento, Arnaldo Wald, para quem: “no caso de adoção, os alimentos são devidos pelo pai adotivo e, na falta de recursos deste, pelo pai natural.”¹⁴

Assim como Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

A nós, parece que a hipótese pode ser admitida em caráter completamente extraordinário, com a intenção de impedir que venha a periclitar a dignidade do filho. Ou seja, não parece possível cobrar alimentos do pai biológico (*rectius*, genitor) pelo simples fato de ter uma capacidade contributiva melhor do que o *pai* (afetivo). Somente em casos excepcionais, quando visivelmente o pai não tiver condições de prestar os alimentos e *desde que não possam ser pleiteados de outra pessoa da família socioafetiva* (os avós afetivos, por exemplo) é que entendemos cabível a tese da paternidade alimentar. Fora disso, não parece razoável, até porque estaria implicando enfraquecimento da filiação socioafetiva, não rompendo, em definitivo, os vínculos genéticos.¹⁵

¹³ MADALENO, Rolf. Paternidade Alimentar. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 37, vol. 8, ago./set., 2006. p. 147. Maria Berenice Dias coaduna com o mesmo entendimento em: DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 477-478.

¹⁴ WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 595.

De todo o exposto, depreende-se que se o pai sócio-afetivo não tem condições de arcar, sozinho, com a manutenção do alimentando, deve o filho biológico poder buscar o complemento dos alimentos perante o genitor que lhe deve o direito à vida digna.

5 OS LIMITES DA CONCESSÃO

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar a respeito de haver o dever do pai, reconhecido como tal por meio do exame pericial de DNA, de prestar alimentos ao filho que foi adotado por outrem, adotando a seguinte posição:

Direito civil. Família. Investigação de paternidade. Pedido de alimentos. Assento de nascimento apenas com o nome da mãe biológica. Adoção efetivada unicamente por uma mulher.

- O art. 27 do ECA qualifica o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, o qual pode ser exercitado por qualquer pessoa, em face dos pais ou seus herdeiros, sem restrição.

- Nesses termos, não se deve impedir uma pessoa, qualquer que seja sua história de vida, tenha sido adotada ou não, de ter reconhecido o seu estado de filiação, porque subjaz a necessidade psicológica do conhecimento da verdade biológica, que deve ser respeitada.

- Ao estabelecer o art. 41 do ECA que a adoção desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais ou parentes, por certo que não tem a pretensão de extinguir os laços naturais, de sangue, que perduram por expressa previsão legal no que concerne aos impedimentos matrimoniais, demonstrando, assim, que algum interesse jurídico subjaz.

- O art. 27 do ECA não deve alcançar apenas aqueles que não foram adotados, porque jamais a interpretação da lei pode dar ensejo a decisões discriminatórias, excludentes de direitos, de cunho marcadamente indisponível e de caráter personalíssimo, sobre cujo exercício não pode recair nenhuma restrição, como ocorre com o Direito ao reconhecimento do estado de filiação.

- Sob tal perspectiva, tampouco poder-se-á tolher ou eliminar o direito do filho de pleitear alimentos do pai assim reconhecido na investigatória, não obstante a letra do art. 41 do ECA.

- Na hipótese, ressalte-se que não há vínculo anterior, com o pai biológico, para ser rompido, simplesmente porque jamais existiu tal ligação, notadamente, em momento anterior à adoção, porquanto a investigante teve anotado no assento de nascimento apenas o nome da mãe biológica e foi, posteriormente, adotada unicamente por uma mulher, razão pela qual não constou do seu registro de nascimento o nome do pai.

Recurso especial conhecido pela alínea “a” e provido. (REsp 813604 – SC, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, Rel. Nancy Andrichi, j. em 16.08.2007)

A transcrita decisão foi julgada a unanimidade pelos ministros da Terceira Turma do STJ, sendo a ministra Nancy Andrichi a relatora do caso.

A questão discutida nesse Recurso Especial foi definir se o pai, que teve a paternidade reconhecida pelo exame de DNA, deve prestar alimentos à filha que foi registrada

apenas com o nome da mãe biológica e, posteriormente, adotada somente por uma mulher que trabalhava no abrigo de crianças da cidade em que residia.

O juízo da primeira instância determinou a condenação em alimentos ao pai biológico por meio de decisão interlocutória que, após, foi reformada pelo Tribunal Estadual (TJ/SC) sob a alegação que com a adoção extingue-se o vínculo com o pai natural, não mais possuindo o dever de prestar alimentos à filha.

Em seu voto a relatora esboça argumentos para contrariar o posicionamento do Tribunal de origem. Vejamos:

Todavia, tal interpretação não se mostra adequada, a uma, porque não há vínculo anterior com o pai para ser rompido, o que é decorrência lógica da investigatória de paternidade; a duas, porque a matéria controvertida, em processos alusivos aos interesses de crianças e adolescentes, deve ser invariavelmente visualizada sob os contornos da fundamental proteção aos menores definidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (art. 6º).¹⁶

Com supedâneo nesses pilares, a ministra concedeu os alimentos a jovem principalmente porque, no caso, havia situação peculiar em que inexistia vínculo anterior com o pai biológico para ser quebrado, simplesmente porque jamais existiu tal ligação, notadamente, antes da adoção, sendo este o grande fundamento da decisão.

Diante disso, vislumbra-se que o STJ já reconheceu a possibilidade de concessão de pensão alimentícia ao adotado em face do pai biológico. A dúvida que aqui suscita é quanto aos limites da concessão.

A ação de alimentos só pode ser deferida quando a criança ou adolescente não teve registrado em seu assento o nome do pai biológico, não criando, assim, vínculo jurídico com este e, foi adotada somente por uma figura feminina, não havendo rompimento do vínculo com a adoção? Ou, também é cabível na hipótese em que o interessado foi registrado por ambos os genitores e, posteriormente, adotado por um casal?

Acreditamos que a pensão alimentícia deve ser deferida em ambas as hipóteses e não apenas na primeira. Afinal de contas, é o direito à vida do jovem que está em jogo.

O direito não pode tutelar situações discriminatórias resguardando o direito de alguns e deixando outros tantos desprotegidos. Pensar o contrário é o mesmo que dizer quem deve ou não permanecer vivo.

¹⁶ REsp 813604 – SC, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, Rel. Nancy Andrichi, j. em 16.08.2007, p. 6.

Em complemento, já nos posicionamos a respeito do alcance do significado da expressão “desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes” contida no art. 41 do ECA. Para nós, não deve a extinção do liame com os procriadores ser um empecilho para a concessão dos alimentos, sob pena de premiar genitores desidiosos e irresponsáveis, o que não é o objetivo da norma.

6 CONCLUSÃO

Diante dos argumentos ora expostos, reafirmamos ser plenamente cabível a concessão de pensão alimentícia ao adotado em face dos pais biológicos desde que os pais sócio-afetivos não estejam em condições de prestar-lhe o necessário pra ter uma vida digna e, também, a pensão não possa ser cumprida por nenhum parente sócio-afetivo.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **On the structure of legal principles**. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-9337.00157/full>>. Acesso em: 12 jul. 2011.
- Apelação nº 0016163-03.2007.8.19.0003, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Rel. Des. Renata Cotta, j. em 01.06.2011
- Apelação Cível nº 70008798415, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 30.06.2004.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. Alimentos decorrentes do parentesco. In: PERREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 21-75.
- FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MADALENO, Rolf. Paternidade Alimentar. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 37, vol. 8, p. 133-149, ago./set., 2006.
- MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- REsp 813604 – SC, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, Rel. Nancy Andrichi, j. em 16.08.2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e Regras: mitos e equívocos de uma distinção**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/VASilva.pdf. Acesso em: 12 jul. 2011.
- WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.