

RECURSO ESPECIAL Nº 1.751.453 - MS (2018/0160709-1)

RELATOR : **MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO**
RECORRENTE : **FIRMINO JOSÉ DE SOUZA**
RECORRENTE : **MARIA CLARA SOUZA MOTA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
RECORRIDO : **CAIXA DE ASSISTENCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
ADVOGADA : **ROSEMEIRE MACHADO STRUZIATO - MS015618**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SAÚDE SUPLEMENTAR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. GUARDA DE MENOR. INCLUSÃO EM PLANO DE SAÚDE NA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE NATURAL E NÃO APENAS COMO DEPENDENTE AGREGADO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DAS DIFERENÇAS DOS VALORES DESEMBOLSADOS NA FORMA SIMPLES. INAPLICABILIDADE DO CDC POR SE TRATAR DE PLANO DE AUTOGESTÃO.

1. Controvérsia em torno da possibilidade de equiparação do menor sob guarda à condição de filho natural para o fim de inclusão no plano de saúde como dependente natural, e não apenas como dependente agregado.

1.2. Questão a ser analisada com a conjugação de leis especiais: a legislação da saúde suplementar; a previdenciária e a de proteção a crianças e adolescentes.

1.3. Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

1.4. Reconhecimento pelo juízo de primeiro grau da nulidade das disposições contratuais e estatutárias que estabelecem a diferenciação entre os dependentes naturais e agregados, em razão da flagrante violação aos princípios da isonomia material e legalidade.

1.5. Não desconhecimento de que a redação anterior do enunciado normativo do § 2º do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, equiparava o menor sob guarda judicial ao filho para efeito de dependência perante o Regime Geral de Previdência Social, tendo sido modificado pela Lei n.º 9.528/97 para exclusão do rol do art. 16, e seus parágrafos, dessa modalidade de dependente.

1.6. Entretanto, mesmo com a referida alteração legislativa, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, firmou-se no sentido de que a alteração legislativa, não eliminou o substrato fático da dependência econômica do menor e representou, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente, para reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente do seu

mantenedor, para fins previdenciários.

2. Controvérsia em torno da possibilidade de devolução simples ou em dobro das diferenças dos valores desembolsados pelo titular do plano.

2.1. Reconhecido que o menor sob a guarda judicial do titular do plano de saúde deve ser equiparado ao filho natural, merece acolhimento o pedido de restituição das diferenças dos valores desembolsados entre a contribuição ao plano de saúde do dependente natural e a do agregado.

2.2. Inaplicabilidade da regra da devolução em dobro do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, nos termos da súmula n.º 608/STJ (os contratos de plano de saúde administrados por entidade de autogestão não se sujeitam ao Código de Defesa do Consumidor).

2.3. Aplicação do disposto no art. 876, do Código Civil, com a determinação da restituição simples das diferenças indevidamente cobradas.

3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, acompanhando o voto do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a Terceira Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencida a Sra. Ministra Nancy Andrichi. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de junho de 2021(Data do Julgamento)

MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2018/0160709-1 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.751.453 / MS**

Números Origem: 08019149420168120002 0801914942016812000250001
8019149420168120002 801914942016812000250001

PAUTA: 13/04/2021

JULGADO: 13/04/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. DURVAL TADEU GUIMARÃES

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FIRMINO JOSÉ DE SOUZA
RECORRENTE : MARIA CLARA SOUZA MOTA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO : CAIXA DE ASSISTENCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MATO
GROSSO DO SUL
ADVOGADA : ROSEMEIRE MACHADO STRUZIATO - MS015618

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após debate, pediu vista regimental o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Aguardam os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrichi.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1751453 - MS (2018/0160709-1)

RELATOR : **MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO**
RECORRENTE : **FIRMINO JOSÉ DE SOUZA**
RECORRENTE : **MARIA CLARA SOUZA MOTA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
RECORRIDO : **CAIXA DE ASSISTENCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
ADVOGADA : **ROSEMEIRE MACHADO STRUZIATO - MS015618**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SAÚDE SUPLEMENTAR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. GUARDA DE MENOR. INCLUSÃO EM PLANO DE SAÚDE NA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE NATURAL E NÃO APENAS COMO DEPENDENTE AGREGADO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DAS DIFERENÇAS DOS VALORES DESEMBOLSADOS NA FORMA SIMPLES. INAPLICABILIDADE DO CDC POR SE TRATAR DE PLANO DE AUTOGESTÃO.

1. Controvérsia em torno da possibilidade de equiparação do menor sob guarda à condição de filho natural para o fim de inclusão no plano de saúde como dependente natural, e não apenas como dependente agregado.

1.2. Questão a ser analisada com a conjugação de leis especiais: a legislação da saúde suplementar; a previdenciária e a de proteção a crianças e adolescentes.

1.3. Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

1.4. Reconhecimento pelo juízo de primeiro grau da nulidade das disposições contratuais e estatutárias que estabelecem a diferenciação entre os dependentes naturais e agregados, em razão da flagrante violação aos princípios da isonomia material e legalidade.

1.5. Não desconhecimento de que a redação anterior do enunciado normativo do § 2º do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, equiparava o menor sob guarda judicial ao filho para efeito de dependência perante o Regime Geral de Previdência Social, tendo sido modificado pela Lei n.º 9.528/97 para exclusão do rol do art. 16, e seus parágrafos, dessa modalidade de dependente.

1.6. Entretanto, mesmo com a referida alteração legislativa, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, firmou-se no sentido de que a alteração legislativa, não eliminou o substrato fático da dependência econômica do menor e representou, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente, para reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente do seu mantenedor, para fins previdenciários.

2. Controvérsia em torno da possibilidade de devolução simples ou em dobro das diferenças dos valores desembolsados pelo titular do plano.

2.1. Reconhecido que o menor sob a guarda judicial do titular do plano de saúde deve ser equiparado ao filho natural, merece acolhimento o pedido de restituição das diferenças dos valores desembolsados entre a contribuição ao plano de saúde do dependente natural e a do agregado.

2.2. Inaplicabilidade da regra da devolução em dobro do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, nos termos da súmula n.º 608/STJ (os contratos de plano de saúde administrados por entidade de autogestão não se sujeitam ao Código de Defesa do Consumidor).

2.3. Aplicação do disposto no art. 876, do Código Civil, com a determinação da restituição simples das diferenças indevidamente

cobradas.

3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por FIRMINO JOSÉ DE SOUZA com arrimo no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição da República em face do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul conforme a seguinte ementa (fl. 456):

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – GUARDA DE MENOR – INCLUSÃO EM PLANO DE SAÚDE – POSSIBILIDADE NA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE AGREGADA – ARTIGO 16, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 E O ART. 33, § 3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE – PREVISÃO DIVERSA EM CASO DE TUTELA – PEDIDO INICIAL IMPROCEDENTE – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO. Resta provida a apelação quando verificado o equívoco da sentença o julgar procedente o pedido inicial da ação de obrigação de fazer, porquanto a pretensão de inclusão de menor sob a guarda do autor em plano de saúde na condição de dependente natural, não se ampara no artigo 16, § 2º, da Lei n. 8.213/91 (Dispõe sobre os Planos de Benefícios de Previdência Social e dá outras providências) e o art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e Adolescente, haja vista a tutela a que diz respeito a primeira legislação, não se iguala à guarda, já que são institutos diversos.

Consta dos autos que FIRMINO JOSÉ DE SOUZA e MARIA CLARA SOUZA MOTA ajuizaram ação declaratória c.c. obrigação de fazer c.c. repetição de indébito em desfavor de Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS, sob o fundamento de que o menor sob guarda judicial deve ser equiparado ao filho para todos os efeitos legais, sob pena de afronta ao princípio da isonomia material. Requereram, por fim, a restituição em dobro das quantias indevidamente cobradas do titular do plano a título de contribuição pela dependente agregada.

O juízo de primeiro grau julgou procedentes os pedidos formulado na petição para: i) reconhecer e declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do texto normativo da alínea "g", do inciso II, do artigo 4º, do Estatuto da demanda; ii) determinar que a CASSEMS que, no prazo de cinco (05) dias, contados do trânsito em julgado desta decisão, providencie a inclusão da Autora Maria Clara Souza Mota como dependente natural do titular do plano, o Autor Firmino José de Souza; iii) condenar a Ré a restituir ao Autor Firmino José de Souza, em dobro, a integralidade dos valores por ele desembolsados, desde 10/maio/2015 (data do indeferimento do pedido administrativo), por conta da inclusão da Autora como dependente agregada, monetariamente corrigidos, pelo IGPM/FGV, desde a data de cada pagamento, e acrescidos de juros de mora, no percentual de 12% ao ano, a partir da citação; iv) evidenciada a sucumbência, condenar a requerida, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados, mediante apreciação equitativa em R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

Irresignada, a demandada interpôs recurso de apelação.

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul deu provimento ao apelo ao argumento de que, não tendo o autor direito à inclusão da menor como dependente natural, não teria, por consequência, direito ao pleito de restituição dos valores já pagos pela condição da menor na qualidade de dependente agregada c onforme a ementa acima transcrita.

Opostos embargos de declaração, estes restaram rejeitados nos seguintes termos (fl. 483):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – OMISSÃO – INEXISTENTE – REDISCUSSÃO –

PREQUESTIONAMENTO – DESCABIMENTO – EMBARGOS REJEITADOS. Os embargos de declaração têm por escopo a supressão no acórdão de eventual contradição, obscuridade ou omissão, e não servem de instrumento para ensejar a rediscussão da matéria nem a manifestação expressa sobre a aplicação de dispositivos legais, visando ao prequestionamento.

Em suas razões de recurso especial, os recorrentes alegaram, em síntese, violação ao art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob o fundamento de que é possível a inclusão da menor em plano de saúde na condição de dependente natural e, por consequência, a devolução dos valores pagos em dobro. Acenaram pela ocorrência de dissídio jurisprudencial. Requereram, por fim, o provimento do recurso especial.

Houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

Eminentes Colegas, o recurso especial merece parcial provimento.

1. No que tange à inclusão da menor no plano de saúde:

A controvérsia posta nos presentes autos situa-se em torno da possibilidade de equiparação (ou não) do menor sob guarda à condição de filho natural para o fim de inclusão na categoria de dependente natural, e não de dependente agregado, no plano de saúde.

O Tribunal de Justiça de origem, ao julgar o recurso de apelação interposto pela CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - CASSEMS, concluiu no sentido da impossibilidade da equiparação sob os seguintes fundamentos (fls. 460/461):

(...)

Pois bem. Em atenção aos autos, concluo que a solução a ser dada ao caso é diversa da sentença. Ocorre que a recorrente não se opõe à inclusão da criança sob a guarda do requerente, porém, baseada no artigo 8º, inciso III, e § 3º, de seu Estatuto, combinado com art. 4º, inciso II, alínea "g", do Manual do Beneficiário, afirma que tal adição ao plano de saúde, ocorrerá como dependente-agregada e mediante pagamento pecuniário. Veja o teor dos dispositivos:

(...)

Outrossim, destaco que o artigo 16, § 2º, 1, da Lei n. 8.213/91 (Dispõe sobre os Planos de Benefícios de Previdência Social e dá outras providências) e o art. 33, § 3º 2, do Estatuto da Criança e Adolescente, em que a sentença se amparou, não possibilitam a conclusão da equiparação da menor em questão, à mesma condição do filho natural para o fim de inclusão em mesma categoria em plano de saúde, pois a tutela a que diz respeito a primeira legislação, não se iguala à guarda, já que são institutos diversos.

No entanto, o entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul merece reparos.

Prefacialmente, destaco que a questão posta nos presentes autos deve ser analisada de forma conjugada à luz de três leis especiais: legislação dos planos de saúde; previdenciária e de proteção às crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90) prevê expressamente que a guarda confere ao menor a condição de dependente:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

(...)

§ 3º. A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Com efeito, da leitura do referido dispositivo, extrai-se que, com o termo de guarda, a criança passa a condição de dependente do guardião para todos os efeitos legais, inclusive previdenciário.

A propósito:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. NETOS MENORES SOB GUARDA DO AVÔ MATERNO. REVALORAÇÃO DO SUBSTRATO FÁTICO-PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE. CASO CONCRETO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA CARACTERIZADA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 33, CAPUT, E § 3º, DA LEI N. 8.069/90 (ECA) E 16, I, e 77, § 2º, II, DA LEI N. 8.213/91.

1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa aos arts. 489, § 1º, e 1.022, II, do CPC/2015, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. A teor do art. 33, caput, do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), "A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou ao adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais". Já o § 3º do mesmo dispositivo estabelece que "A guarda confere à criança ou ao adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário".

3. Nada obstante a prevalente responsabilidade de os pais biológicos proverem as necessidades primárias de sua prole, o que se apresenta a julgamento, na espécie, é um quadro em que a competente Justiça estadual outorgou ao avô materno dos netos recorrentes os encargos próprios da guarda disciplinada nos arts. 33/35 do ECA, daí resultando que, nos termos legais, também incumbia a esse avô prestar "assistência material" aos netos (art. 33, caput, do ECA).

4. Mediante reavaliação do conjunto fático-probatório, jurisprudencialmente autorizada por esta Corte, faz-se de rigor o reconhecimento, no caso concreto, da presença do vínculo de dependência econômica entre os netos recorrentes e o falecido avô guardião, como postulado pelo art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213/91 (cuja diretriz, embora refira apenas o vínculo da tutela, também abrange a hipótese da guarda, como a versada nestes autos).

5. Recurso especial dos menores provido. (REsp 1842287/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2020, DJe 28/02/2020, g.n.)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. GUARDA JUDICIAL DE MENOR. INCLUSÃO NO PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA DO AVÔ. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. SÚMULAS 283 E 284/STF. MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO TERATOLÓGICA OU

EXCEPCIONAL. UTILIZAÇÃO DO MANDAMUS COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. DESCABIMENTO. SÚMULA 267/STF. RECURSO DESPROVIDO.

1. *Na origem, a ora agravante impetrou mandado de segurança contra decisão do Juízo estadual, que determinou a inclusão de menor como dependente de seu avô, empregado da impetrante, para fins de assistência médica hospitalar.*

2. *Tendo em vista a devolutividade do recurso ordinário em mandado de segurança, cujo paradigma é a apelação, em regra, pode o Superior Tribunal de Justiça conhecer de toda a matéria alegada na impetração, mesmo que não tenha sido apreciada pelo Tribunal de origem, principalmente aquela de ordem pública, que deve ser examinada de ofício, a qualquer tempo.*

3. *No caso em análise, contudo, as alegações de incompetência da Justiça estadual para o julgamento da causa, bem como de ofensa ao princípio do devido processo legal, não foram suscitadas nem no momento da impetração, nem por ocasião da interposição do recurso ordinário pela ECT, razão pela qual a sua veiculação no presente agravo interno configura inovação recursal, incompatível com a atual fase do processo. Isso porque a devolutividade que marca o recurso ordinário, apesar de ampla, não é ilimitada, a ponto de permitir que 14 (catorze) anos após a prolação do ato impugnado, possam essas questões serem deduzidas diretamente neste Tribunal, estando, por isso, preclusas.*

4. *Em relação ao tema de fundo, a recorrente não impugnou, consistentemente, o conteúdo normativo do art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/1990, segundo a qual a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, bem como não enfrentou a questão relativa à necessidade de prevalência do princípio do melhor interesse da criança, consoante determina o art. 227, caput, da Carta Magna, fundamentos nos quais se baseou o Tribunal de origem para denegar a segurança. Em tal circunstância, a deficiência na fundamentação atrai a incidência das Súmulas 283 e 284/STF, aplicáveis, por analogia, ao conhecimento do recurso ordinário.*

5. *Por sua vez, o mandado de segurança contra ato judicial é admitido somente em casos excepcionalíssimos, como nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, cabendo à parte demonstrar a plausibilidade do direito e o perigo de demora.*

6. *Na hipótese, a recorrente não comprovou qualquer situação excepcional capaz de justificar a impetração do mandamus, tendo sido utilizado o writ como sucedâneo recursal, o que não se admite (Súmula 267/STF).*

7. **Agravo interno desprovido. (AgInt no RMS 43.653/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em**

25/05/2020, DJe 28/05/2020, g.n.)

No mesmo sentido, merece destaque o reconhecimento pelo juízo de primeiro grau da nulidade das disposições contratuais e estatutárias que estabelecem a diferenciação dos dependentes naturais e agregados, em razão da flagrante violação aos princípios da isonomia material e legalidade (fls. 371/373):

(...)

Ora, no caso em comento, ao invocar a regra esculpida no inciso II, alínea "g", do dispositivo em comento, que faz alusão especificamente aos dependentes agregados, a Ré olvida completamente da interpretação sistemática que deve ser realizada por força do que dispõe a alínea "f", do inciso I, daquele mesmo artigo, segundo o qual, também, são definidos como dependentes naturais dos associados titulares, os menores que se encontrem sob a tutela do Associado Titular e não possuam bens ou rendimentos próprios suficientes para o próprio sustento e educação

*Tenho para mim que ao não permitir que o menor que esteja sob a guarda judicial do titular do plano de saúde seja equiparado ao filho natural, para sua inclusão como beneficiário do plano, na condição de dependente natural, a Ré vulnera o princípio da isonomia material, seja por inserir regra discriminatória em relação a pessoas que se encontram em situação de igualdade (art. 3º, incisos IV e XXX CF/88); seja por criar distinção e/ou preferências entre brasileiros (art. 19, inciso III, da Lex Mater); seja, finalmente, por ferir o princípio da isonomia formal, inserto no **caput** do artigo 5º da Carta Política de 1988, que coíbe a distinção de qualquer natureza perante a lei.*

(...)

De outro vértice, ao criar tal distinção, a Ré não somente afronta os princípios constitucionais da isonomia material e formal, como também, o princípio da legalidade, previsto no artigo 5º da Lex Mater e termina por fazer tábula rasa das normas infra-constitucionais insertas no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil. (g.n.)

Com efeito, não permitir que o menor que esteja sob a guarda judicial do titular do plano de saúde seja equiparado ao filho natural, para sua inclusão como beneficiário do plano, na condição de dependente natural, vulnera o princípio da isonomia material esculpido em nossa Carta Constitucional.

Dessa forma, entendo que deve ser restabelecido o posicionamento do juízo

de primeiro grau no sentido de que, após a instituição da guarda, não há óbice à equiparação da criança sob guarda à condição de filho e, por consequência, à condição de dependente obrigatório e natural do segurado para todos os efeitos legais, inclusive previdenciário.

Nesse contexto, é de rigor o reconhecimento como abusiva a negativa de inclusão ao plano da menor na condição de dependente natural.

Por fim, não se desconhece que a redação anterior do enunciado normativo do § 2º do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, equiparava o menor sob guarda judicial ao filho para efeito de dependência perante o Regime Geral de Previdência Social. No entanto, a Lei n.º 9.528/97, modificou o referido dispositivo legal, excluindo do rol do art. 16 e parágrafos essa modalidade de dependente.

Entretanto, mesmo com a referida alteração legislativa, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, firmou-se no sentido de que a alteração legislativa, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente, para reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente do seu mantenedor, para fins previdenciários.

A propósito:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E HUMANITÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSAMENTO NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/STJ. DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR. EMBORA A LEI 9.528/97 O TENHA EXCLUÍDO DO ROL DOS DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS NATURAIS OU LEGAIS DOS SEGURADOS DO INSS. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO. DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DE ISONOMIA, PRIORIDADE ABSOLUTA E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE (ART. 227 DA

CF). APLICAÇÃO PRIORITÁRIA OU PREFERENCIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90), POR SER ESPECÍFICA, PARA ASSEGURAR A MÁXIMA EFETIVIDADE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, A TEOR DA SÚMULA 126/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, PORÉM DESPROVIDO.

1. A não interposição de Recurso Extraordinário somente tem a força de impedir o conhecimento de Recurso Especial quando (e se) a matéria decidida no acórdão recorrido apresenta dupla fundamentação, devendo a de nível constitucional referir imediata e diretamente infringência à preceito constitucional explícito; em tema de concessão de pensão por morte a menor sob guarda, tal infringência não se verifica, tanto que o colendo STF já decidiu que, nestas hipóteses, a violação à Constituição Federal, nesses casos, é meramente reflexa. A propósito, os seguintes julgados, dentre outros: ARE 804.434/PI, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 19.3.2015; ARE 718.191/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 17.9.2014; RE 634.487/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe 1.8.2014; ARE 763.778/RS, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 24.10.2013; não se apresenta razoável afrontar essa orientação do STF, porquanto se trata, neste caso, de questão claramente infraconstitucional.

2. Dessa forma, apesar da manifestação ministerial em sentido contrário, entende-se possível, em princípio, conhecer-se do mérito do pedido recursal do INSS, afastando-se a incidência da Súmula 126/STJ, porquanto, no presente caso, o recurso deve ser analisado e julgado, uma vez que se trata de matéria de inquestionável relevância jurídica, capaz de produzir precedente da mais destacada importância, apesar de não interposto o Recurso Extraordinário.

3. Quanto ao mérito, verifica-se que, nos termos do art. 227 da CF, foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposto ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

4. A alteração do art. 16, § 2o. da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente. 5. Nesse cenário, a jurisprudência desta Corte Superior tem avançado na matéria, passando a reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente do seu mantenedor, para fins previdenciários. Precedentes: MS 20.589/DF, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe 2.2.2016; AgRg

no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.550.168/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 22.10.2015; REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015.

6. Não se deve perder de vista o sentido finalístico do Direito Previdenciário e Social, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e hipossuficientes, que se encontram em situações sociais adversas; se assim não for, a promessa constitucional de proteção a tais pessoas se esvai em palavras sonoras que não chegam a produzir qualquer alteração no panorama jurídico.

7. Deve-se proteger, com absoluta prioridade, os destinatários da pensão por morte de Segurado do INSS, no momento do infortúnio decorrente do seu falecimento, justamente quando se vêem desamparados, expostos a riscos que fazem periclitar a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, caput da Carta Magna).

8. Considerando que os direitos fundamentais devem ter, na máxima medida possível, eficácia direta e imediata, impõe-se priorizar a solução ao caso concreto de forma que se dê a maior concretude ao direito. In casu, diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas se tornou silente ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que lhe estende a pensão por morte (Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, § 3o.), cumpre reconhecer a eficácia protetiva desta última lei, inclusive por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e a sua interpretação inclusiva.

9. Em consequência, fixa-se a seguinte tese, nos termos do art. 543-C do CPC/1973: O MENOR SOB GUARDA TEM DIREITO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR, COMPROVADA A SUA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA, NOS TERMOS DO ART. 33, § 3o. DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, AINDA QUE O ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO SEJA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.523/96, REEDITADA E CONVERTIDA NA LEI 9.528/97. FUNDA-SE ESSA CONCLUSÃO NA QUALIDADE DE LEI ESPECIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (8.069/90), FRENTE À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

10. Recurso Especial do INSS desprovido. (REsp 1.411.258/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017, DJe 21/02/2018)

Dessa forma, entendo que deve ser restabelecido o posicionamento do juízo de primeiro grau no sentido de que, após a instituição da guarda, não há óbice à equiparação da criança sob guarda à condição de filho e, por consequência, à condição de dependente obrigatório e natural do segurado para todos os efeitos legais.

2. Quanto à devolução dos valores desembolsados:

Consta dos autos que o autor pugnou pela inclusão definitiva da menor sob sua guarda como sua dependente natural em seu plano de saúde, sem a incidência do prazo de carência, bem como a suspensão dos descontos mensais relativos a condição de agregada e a restituição em dobro dos valores pagos indevidamente.

A sentença de primeiro grau, ao julgar o capítulo referente à devolução dos valores pagos, destacou o seguinte (fls. 377):

(...)

E na esteira deste entendimento, ao Autor deverá ser restituído pela Ré, em dobro, a integralidade dos valores por ele desembolsados, desde 10/maio/2015 (data do indeferimento do pedido administrativo), por conta da inclusão da Autora como dependente agregada, monetariamente corrigida, pelo IGPM/FGV, desde a data de cada pagamento, e acrescida de juros de mora, no percentual de 12% ao ano, a partir da citação.

Irresignada, a demandada interpôs recurso de apelação asseverando que diversamente do que fora decidido na sentença, não é cabível a devolução em dobro dos valores, pois conforme o Regulamento dos Planos de Saúde e de Benefícios Assistenciais, a neta sob guarda não pode ser comparada com filha, com a finalidade de ser considerada dependente natural, devendo ser inscrita na condição de dependente agregada, com contribuição específica.

O Tribunal de Justiça *a quo* deu provimento ao recurso de apelação interposto por CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MATO

GROSSO DO SUL - CASSEMS, para reconhecer a impossibilidade de devolução, em dobro, dos valores pagos sob os seguintes fundamentos (fls. 460/461):

(...)

Assim, não tendo o autor direito à inclusão da menor como dependente natural, não tem, por consequência, direito ao pleito de restituição dos valores já pagos pela condição da menor na qualidade de dependente agregada (g.n.).

No entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, portanto, o menor que esteja sob guarda deve ser incluído na condição de dependente agregado do titular, razão pela qual o titular do plano de saúde não tem direito à restituição em dobro dos valores pagos desde o indeferimento do pedido administrativo.

Entretanto, conforme assentado no presente julgado, não permitir que o menor que esteja sob a guarda judicial do titular do plano de saúde seja equiparado ao filho natural, para sua inclusão como beneficiário do plano, na condição de dependente natural, vulnera o princípio da isonomia material esculpido na Constituição da República.

Dessa forma, reconhecido que o menor sob a guarda judicial do titular do plano de saúde deve ser equiparado ao filho natural, não há razão para o indeferimento do pedido de restituição dos valores desembolsados pelo titular do plano em razão da qualificação da menor sob guarda como agregada.

No que tange à devolução em dobro, inicialmente, destaca-se que o parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor estabelece o seguinte:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à

repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável (g.n.).

E não se esqueça que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu no sentido de que a restituição em dobro do indébito independe da natureza do elemento volitivo do fornecedor que cobrou valor indevido, sendo cabível quando a cobrança indevida revelar conduta contrária à boa-fé objetiva.

A propósito:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HERMENÊUTICA DAS NORMAS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DEVOUÇÃO EM DOBRO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC. REQUISITO SUBJETIVO. DOLO/MÁ-FÉ OU CULPA. IRRELEVÂNCIA. PREVALÊNCIA DO CRITÉRIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. MODULAÇÃO DE EFEITOS PARCIALMENTE APLICADA. ART. 927, § 3º, DO CPC/2015. IDENTIFICAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

1. Trata-se de Embargos de Divergência que apontam dissídio entre a Primeira e a Segunda Seções do STJ acerca da exegese do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor - CDC. A divergência refere-se especificamente à necessidade de elemento subjetivo para fins de caracterização do dever de restituição em dobro da quantia cobrada indevidamente.

2. Eis o dispositivo do CDC em questão: "O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável" (art. 42, parágrafo único, grifo acrescentado).

ENTENDIMENTO DA EMINENTE MINISTRA RELATORA

3. Em seu judicioso Voto, a eminente Relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, lúcida e brilhante como sempre, consignou que o entendimento das Turmas que compõem a Seção de Direito Privado do STJ é o de que "a devolução em dobro só ocorre quando comprovada a má-fé do fornecedor". Destacou que os arestos indicados como paradigmas "firmam ser suficiente para que haja a devolução em dobro do indébito a verificação da culpa."

4. A solução do dissídio, como antevê a eminente Relatora, pressupõe seja definido o que se deve entender, no art. 42, parágrafo único, pelo termo "engano justificável". Observa ela, corretamente, que "a conclusão de que a

expressão 'salvo hipótese de engano justificável' significa 'comprovação de má-fé do credor' diminui o alcance do texto legal em prejuízo do consumidor, parte vulnerável na relação de consumo" (grifo acrescentado). Dessa forma, dá provimento aos Embargos de Divergência, pois, "ao contrário do que restou consignado no acórdão embargado, não é necessária a comprovação da má-fé do credor, basta a culpa."

5. Por não haver óbices processuais, irreparável a compreensão da eminente Relatoria original quanto ao conhecimento do recurso.

6. A Relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, com precisão cirúrgica, aponta dois pressupostos fundamentais do modelo hermenêutico que rege a aplicação do CDC: a) vedação à interpretação e à analogia que diminuam "o alcance do texto legal em prejuízo do consumidor" e b) valorização ético-legislativa da "parte vulnerável na relação de consumo".

DIVERGÊNCIA ENTRE A PRIMEIRA SEÇÃO (DIREITO PÚBLICO) E A SEGUNDA SEÇÃO (DIREITO PRIVADO) DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Para fins de Embargos de Divergência - resolver teses jurídicas divergentes dentro do STJ -, estamos realmente diante de entendimentos discrepantes entre a Primeira e a Segunda Seções no que tange à aplicação do parágrafo único do art. 42 do CDC, dispositivo que incide sobre todas as relações de consumo, privadas ou públicas, individuais ou coletivas.

8. "Conhecidos os embargos de divergência, a decisão a ser adotada não se restringe às teses suscitadas nos arestos em confronto - recorrido e paradigma -, sendo possível aplicar-se uma terceira tese, pois cabe a Seção ou Corte aplicar o direito à espécie" (REsp 513.608/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 27.11.2008). No mesmo sentido: "O exame dos embargos de divergência não se restringe às teses em confronto do acórdão embargado e do acórdão paradigma acerca da questão federal controvertida, podendo ser adotada uma terceira posição, caso prevalente" (REsp 475.566/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 13/9/2004). Outros precedentes: REsp 130.605/DF, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Segunda Seção, DJ 23/4/2001; e AgRg nos REsp 901.919/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 21/9/2010.

HERMENÊUTICA DAS NORMAS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E O ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC

9. Em harmonia com os ditames maiores do Estado Social de Direito, na tutela de sujeitos vulneráveis, assim como de bens, interesses e direitos supraindividuais, ao administrador e ao juiz incumbe exercitar o diálogo das fontes, de modo a - fieis ao espírito, ratio e princípios do microssistema ou da norma - realizarem material e não apenas formalmente os objetivos cogentes, mesmo que implícitos, abonados pelo texto legal. Logo, interpretação e integração de preceitos legais e regulamentares de proteção do consumidor,

codificados ou não, submetem-se a postulado hermenêutico de ordem pública segundo o qual, em caso de dúvida ou lacuna, o entendimento administrativo e o judicial devem expressar o posicionamento mais favorável à real superação da vulnerabilidade ou mais condutivo à tutela efetiva dos bens, interesses e direitos em questão. Em síntese, não pode "ser aceita interpretação que contradiga as diretrizes do próprio Código, baseado nos princípios do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e da facilitação de sua defesa em juízo" (REsp 1.243.887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 12/12/2011). Na mesma linha da interpretação favorável ao consumidor: AgRg no AREsp 708.082/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 26/2/2016; REsp 1.726.225/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 24/9/2018; e REsp 1.106.827/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 23/10/2012. Confira-se também: "O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC" (REsp 1.009.591/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 23/8/2010).

10. A presente divergência deve ser solucionada à luz do princípio da vulnerabilidade e do princípio da boa-fé objetiva, inarredável diretriz dual de hermenêutica e implementação de todo o CDC e de qualquer norma de proteção do consumidor. O art. 42, parágrafo único, do CDC faz menção a engano e nega a devolução em dobro somente se for ele justificável. Ou seja, a conduta-base ou ponto de partida para a repetição dobrada de indébito é o engano do fornecedor. Como argumento de defesa, a justificabilidade (= legitimidade) do engano, para afastar a devolução em dobro, insere-se no domínio da causalidade, e não no domínio da culpabilidade, pois esta se resolve, sem apelo ao elemento volitivo, pelo prisma da boa-fé objetiva.

11. Na hipótese dos autos, necessário, para fins de parcial modulação temporal de efeitos, fazer distinção entre contratos de serviços públicos e contratos estritamente privados, sem intervenção do Estado ou de concessionárias.

REPOSICIONAMENTO PESSOAL DO RELATOR PARA O ACÓRDÃO SOBRE A MATÉRIA

12. Ao apresentar a tese a seguir exposta, esclarece-se que o Relator para o acórdão reposiciona-se a respeito dos critérios do parágrafo único do art. 42 do CDC, de modo a reconhecer que a repetição de indébito deve ser dobrada quando ausente a boa-fé objetiva do fornecedor na cobrança realizada. É adotada, pois, a posição que se formou na Corte Especial, lastreada no princípio da boa-fé objetiva e conseqüente descasamento de elemento volitivo, consoante Voto-Vista do Ministro Luis Felipe Salomão e manifestações apresentadas pelos eminentes Pares, na esteira de intensos e ricos debates nas várias sessões em que o tema foi analisado. Realça-se, quanto a esses últimos, trecho do Voto do Ministro Og Fernandes: "A

restituição em dobro de indébito (parágrafo único do art. 42 do CDC) independe da natureza do elemento volitivo do agente que cobrou o valor indevido, revelando-se cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva".

CONTRATOS QUE ENVOLVAM O ESTADO OU SUAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

13. Na interpretação do parágrafo único do art. 42 do CDC, deve prevalecer o princípio da boa-fé objetiva, métrica hermenêutica que dispensa a qualificação jurídica do elemento volitivo da conduta do fornecedor.

14. A esse respeito, o entendimento prevalente nas Turmas da Primeira Seção do STJ é o de dispensar a exigência de dolo, posição sem dúvida inspirada na preeminência e inafastabilidade do princípio da vulnerabilidade do consumidor e do princípio da boa-fé objetiva.

A propósito: REsp 1.085.947/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 12/11/2008; AgRg no REsp 1.363.177/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24/5/2013; REsp 1.300.032/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/3/2013; AgRg no REsp 1.307.666/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12/3/2013; AgRg no REsp 1.376.770/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 13/9/2016; AgRg no REsp 1.516.814/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 25/8/2015; AgRg no REsp 1.158.038/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 3/5/2010; AgInt no REsp 1.605.448/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/12/2017; AgRg no AgRg no AREsp 550.660/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 15/12/2015; AgRg no AREsp 723.170/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 28/9/2015; AgRg no Ag 1.400.388/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 10/11/2014.

15. Na Segunda Seção há também precedente que rechaça o requisito do dolo para repetição do indébito em dobro: "Somente na presença de má-fé ou culpa o pagamento em dobro é devido" (AgRg no AREsp 162.232/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 20.8.2013).

16. Agrega-se ao raciocínio construído na Primeira Seção a regra geral de que a responsabilidade do Estado e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva em relação a danos causados a terceiros (art. 37, § 6º, da CF/1988). Cito precedentes do STJ sobre o tema: REsp 1.299.900/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13/3/2015; AgInt no REsp 1.581.961/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/9/2016; AgInt no REsp 1.711.214/MT, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 18/11/2020; REsp 1.736.039/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 7/6/2018; AgInt no AREsp 1.238.182/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma,

DJe 17/9/2018; AgInt no AREsp 937.384/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 26/6/2018; REsp 1.268.743/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 7/4/2014; REsp 1.038.259/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 22/2/2018.

17. Quanto ao art. 37, § 6º, da Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal sedimentou, sob o rito da Repercussão Geral, a posição de que "a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal" (RE 591.874, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26.8.2009, Repercussão Geral - Mérito, DJe 18.12.2009). Na mesma linha: ARE 1.043.232 AgR, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 13/9/2017; RE 598.356, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 1º/8/2018; ARE 1.046.474 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 12/9/2017; e ARE 886.570 ED, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 22/6/2017.

18. Ora, se a regra da responsabilidade civil objetiva impera, universalmente, em prestações de serviço público, como admitir que, nas relações de consumo - na presença de sujeito (consumidor) caracterizado ope legis como vulnerável (CDC, art. 4º, I) -, o paradigma jurídico seja o da responsabilidade subjetiva (com dolo ou culpa)? Seria contrassenso atribuir tal privilégio ao fornecedor, mormente por ser fato notório que dezenas de milhões dos destinatários finais dos serviços públicos, afligidos por cobranças indevidas, personificam não só sujeitos vulneráveis, como também sujeitos indefesos e hipossuficientes econômica e juridicamente, ou seja, carentes em sentido lato, destituídos de meios financeiros, de informação e de acesso à justiça.

19. Compreensão distinta, centrada na necessidade de prova de elemento volitivo, na realidade inviabiliza a devolução em dobro, p.

ex., de pacotes de serviços telefônicos jamais solicitados pelo consumidor, bastando ao fornecedor invocar uma justificativa qualquer para seu engano. Nas condições do mercado de consumo massificado, impingir ao consumidor prova de dolo ou culpa corresponde a castigá-lo com ônus incompatível com os princípios da vulnerabilidade e da boa-fé objetiva, legitimando, ao contrário dos cânones do microssistema, verdadeira prova diabólica, o que contraria frontalmente a filosofia e ratio eticossocial do CDC. Assim, a expressão "salvo hipótese de engano justificável" do art. 42, parágrafo único, do CDC deve ser apreendida como elemento de causalidade, e não como elemento de culpabilidade.

CONTRATOS QUE NÃO ENVOLVAM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

20. Como se sabe, recursos em demandas que envolvam contratos sem

natureza pública, como os bancários, de seguro, imobiliários, de planos de saúde, entre outros, são de competência da Segunda Seção. Tendo em vista a controvérsia existente nos contratos de natureza bancária, o eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino submeteu o REsp 1.517.888/SP ao rito dos recursos repetitivos, no âmbito da Corte Especial, ainda pendente de julgamento. Em sessão da Corte Especial que examinava os EAREsp 622.897/RS, deliberou-se dar continuação ao julgamento dos Embargos de Divergência sobre o mesmo tema, sem necessidade de sobrestar o feito em virtude da afetação da matéria como repetitivo.

21. Tal qual ocorre nos contratos de consumo de serviços públicos, nas modalidades contratuais estritamente privadas também deve prevalecer a interpretação de que a repetição de indébito deve ser dobrada quando ausente a boa-fé objetiva do fornecedor na cobrança realizada. Ou seja, atribui-se ao engano justificável a natureza de variável da equação de causalidade, e não de elemento de culpabilidade, donde irrelevante a natureza volitiva da conduta que levou ao indébito.

RESUMO DA PROPOSTA DE TESE RESOLUTIVA DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

22. A proposta aqui trazida - que procura incorporar, tanto quanto possível, o mosaico das posições, nem sempre convergentes, dos Ministros MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, NANCY ANDRIGHI, LUIS FELIPE SALOMÃO, OG FERNANDES, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA E RAUL ARAÚJO - consiste em reconhecer a irrelevância da natureza volitiva da conduta (se dolosa ou culposa) que deu causa à cobrança indevida contra o consumidor, para fins da devolução em dobro a que refere o parágrafo único do art. 42 do CDC, e fixar como parâmetro excludente da repetição dobrada a boa-fé objetiva do fornecedor (ônus da defesa) para apurar, no âmbito da causalidade, o engano justificável da cobrança.

23. Registram-se trechos dos Votos proferidos que contribuíram diretamente ou serviram de inspiração para a posição aqui adotada (grifos acrescentados): 23.1. MINISTRA NANCY ANDRIGHI: "O requisito da comprovação da má-fé não consta do art. 42, parágrafo único, do CDC, nem em qualquer outro dispositivo da legislação consumerista. A parte final da mencionada regra - 'salvo hipótese de engano justificável' - não pode ser compreendida como necessidade de prova do elemento anímico do fornecedor." 23.2. MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA: "Os requisitos legais para a repetição em dobro na relação de consumo são a cobrança indevida, o pagamento em excesso e a inexistência de engano justificável do fornecedor. A exigência de indícios mínimos de má-fé objetiva do fornecedor é requisito não previsto na lei e, a toda evidência, prejudica a parte frágil da relação." 23.3. MINISTRO OG FERNANDES: "A restituição em dobro de indébito (parágrafo único do art. 42 do CDC) independe da natureza do elemento volitivo do agente que cobrou o valor indevido,

revelando-se cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva." 23.4. MINISTRO RAUL ARAÚJO: "Para a aplicação da sanção civil prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, é necessária a caracterização de conduta contrária à boa-fé objetiva para justificar a reprimenda civil de imposição da devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente." 23.5. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO: "O código consumerista introduziu novidade no ordenamento jurídico brasileiro, ao adotar a concepção objetiva do abuso do direito, que se traduz em uma cláusula geral de proteção da lealdade e da confiança nas relações jurídicas, prescindindo da verificação da intenção do agente - dolo ou culpa - para caracterização de uma conduta como abusiva (...) Não há que se perquirir sobre a existência de dolo ou culpa do fornecedor, mas, objetivamente, verificar se o engano/equívoco/erro na cobrança era ou não justificável."

24. Sob o influxo da proposição do Ministro Luis Felipe Salomão, acima transcrita, e das ideias teórico-dogmáticas extraídas dos Votos das Ministras Nancy Andrichi e Maria Thereza de Assis Moura e dos Ministros Og Fernandes, João Otávio de Noronha e Raul Araújo, fica assim definida a resolução da controvérsia: a repetição em dobro, prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC, é cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva, ou seja, deve ocorrer independentemente da natureza do elemento volitivo.

PARCIAL MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA PRESENTE DECISÃO

25. O art. 927, § 3º, do CPC/2015 prevê a possibilidade de modulação de efeitos não somente quando alterada a orientação firmada em julgamento de recursos repetitivos, mas também quando modificada jurisprudência dominante no STF e nos tribunais superiores.

26. Na hipótese aqui tratada, a jurisprudência da Segunda Seção, relativa a contratos estritamente privados, seguiu compreensão (critério volitivo doloso da cobrança indevida) que, com o presente julgamento, passa a ser completamente superada, o que faz sobressair a necessidade de privilegiar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos jurisdicionados.

27. Parece prudente e justo, portanto, que se deva modular os efeitos da presente decisão, de maneira que o entendimento aqui fixado seja aplicado aos indébitos de natureza contratual não pública cobrados após a data da publicação deste acórdão.

TESE FINAL

28. Com essas considerações, conhece-se dos Embargos de Divergência para, no mérito, fixar-se a seguinte tese: A REPETIÇÃO EM DOBRO, PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC, É CABÍVEL QUANDO A COBRANÇA INDEVIDA CONSUBSTANCIAR CONDUTA

CONTRÁRIA À BOA-FÉ OBJETIVA, OU SEJA, DEVE OCORRER INDEPENDENTEMENTE DA NATUREZA DO ELEMENTO VOLITIVO.

MODULAÇÃO DOS EFEITOS

29. Impõe-se MODULAR OS EFEITOS da presente decisão para que o entendimento aqui fixado - quanto a indébitos não decorrentes de prestação de serviço público - se aplique somente a cobranças realizadas após a data da publicação do presente acórdão.

RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO

30. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido fixou como requisito a má-fé, para fins do parágrafo único do art. 42 do CDC, em indébito decorrente de contrato de prestação de serviço público de telefonia, o que está dissonante da compreensão aqui fixada.

Impõe-se a devolução em dobro do indébito.

CONCLUSÃO

31. Embargos de Divergência providos. (EREsp 1413542/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/10/2020, DJe 30/03/2021)

No entanto, nos termos do Enunciado n.º 608/STJ, os contratos de plano de saúde administrados por entidade de autogestão não se sujeitam ao Código de Defesa do Consumidor.

A propósito:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EN. 3/STJ. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO ANTIGO NÃO ADAPTADO. ENTIDADE DE AUTOGESTÃO. INAPLICABILIDADE DO CDC. SÚMULA 608/STJ. RECUSA DE COBERTURA DE HEMODIÁLISE. DESCABIMENTO. CONTRARIEDADE À FUNÇÃO SOCIAL DA CLÁUSULA DE COBERTURA DE INSUFICIÊNCIA RENAL CRÔNICA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL DE PROCEDIMENTOS OBRIGATÓRIOS. ALEGAÇÃO INFUNDADA. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. A controvérsia acerca da validade de cláusula de exclusão de cobertura de hemodiálise em contrato de plano de saúde não adaptado à Lei 9.656/1998, e operado por entidade de autogestão, numa hipótese em que o procedimento foi declarado pelo médico assistente como necessário para a manutenção da vida da paciente.

2. Nos termos da Súmula 608/STJ, os contratos de plano de saúde

administrados por entidade de autogestão não se sujeitam ao Código de Defesa do Consumidor.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Lei 9.656/1998 é inaplicável aos contratos antigos não adaptados.

4. Sujeição, porém, dos contratos antigos operados por entidade de autogestão ao princípio da função social do contrato, conforme jurisprudência pacífica desta Turma.

5. Caso concreto em que a operadora se recusou a oferecer cobertura de hemodiálise em regime ambulatorial, após alta hospitalar, não obstante a declaração do médico assistente acerca necessidade do procedimento como "método de sobrevivência" da paciente.

6. Recusa de cobertura que subtrai do contrato a sua função social, na medida em que impede a continuidade do tratamento de doença (insuficiência renal) não excluída do contrato de plano de saúde.

7. Caráter manifestamente infundado da alegação de ausência de previsão da hemodiálise no rol de procedimentos de cobertura obrigatória da ANS, ensejando aplicação de multa processual.

8. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. (AgInt no REsp 1774203/RS, de minha Relatoria, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2021, DJe 10/03/2021)

Nesse contexto, resta analisar a possibilidade de devolução simples dos valores desembolsados.

Consoante estabelece o art. 876, do Código Civil: "Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição."

Segundo a jurisprudência do STJ, a regra positivada nos arts. 876 e 884 do CC/02, os quais estabelecem que todo aquele que, sem justa causa, recebeu o que não lhe era devido fica obrigado a restituir, visa a evitar o enriquecimento sem causa de quem recebe quantia indevidamente, à custa do empobrecimento injusto daquele que se prejudica com o pagamento indevido.

A propósito:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALOR. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚM. 284/STF. DEPÓSITO JUDICIAL. EQUÍVOCO. LEVANTAMENTO. BOA-FÉ. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. RELAÇÃO OBRIGACIONAL. DIREITO DE SEQUELA. USUCAPIÃO. JULGAMENTO: CPC/15.

1. Ação de restituição de valor ajuizada em 03/05/2013, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 23/01/2017 e concluso ao gabinete em 08/03/2017.

2. O propósito recursal é dizer, primordialmente, sobre o dever da recorrente de restituir a quantia por ela levantada indevidamente, de boa-fé.

3. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência importa no não conhecimento do recurso quanto ao tema.

4. Pela teoria da actio nata, o nascimento da pretensão de restituição na hipótese ocorreu quando a recorrida efetivamente teve conhecimento do equívoco que gerou o levantamento indevido pela recorrente da quantia cuja devolução se requer.

5. A regra positivada nos arts. 876 e 884 do CC/02, os quais estabelecem que todo aquele que, sem justa causa, recebeu o que não lhe era devido fica obrigado a restituir, visa a evitar o enriquecimento sem causa de quem recebe quantia indevidamente, à custa do empobrecimento injusto daquele que se prejudica com o pagamento indevido.

6. A boa-fé, na hipótese, está nos dois extremos: é de quem recebeu a quantia que não lhe era devida - a recorrente - e também de quem, por erro, pagou à pessoa que não era sua credora - a recorrida. Por isso, na ponderação de valores, o fiel da balança deve pender para o restabelecimento da situação originária (status quo ante), prevenindo o desequilíbrio nas relações jurídicas.

7. O enriquecimento sem causa, ao lado do negócio jurídico e da responsabilidade civil, é fonte de obrigações, e, como tal, não pode ser confundido com os direitos reais, que têm, dentre suas características, o direito de sequela.

8. Nas relações obrigacionais, vigora a responsabilidade patrimonial, de modo que, em regra, o bem objeto da prestação pode ser livremente transmitido, mesmo ofendendo a obrigação assumida, situação em que ao credor não caberá exigir do terceiro a entrega da coisa (direito de sequela), mas apenas pretender do devedor a reparação do prejuízo eventualmente suportado.

9. O apoderamento pela recorrente de quantia que lhe foi entregue por erro da recorrida fez nascer para esta a pretensão de ser restituída, cuja prescrição, segundo o art. 206, § 3º, IV, do CC/02, é de 3 anos. Aqui, não se trata de prescrição aquisitiva, que consolida a situação jurídica das partes

(usucapião), mas de prescrição liberatória, que, uma vez consumada, a extingue, impedindo a credora de exigir judicialmente da devedora aquela prestação.

10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido. (REsp 1657428/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 18/05/2018, g.n.)

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a compensação de valores e a repetição de indébito são cabíveis sempre que verificado o pagamento indevido, em repúdio ao enriquecimento ilícito de quem o receber, independentemente da comprovação do erro, nos termos do Enunciado n.º 322/STJ.

A propósito:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA DEMANDADA.

1. Adequada a incidência do óbice da Súmula 282/STF, no que respeita à afronta do disposto 422 do Código Civil, uma vez que o Tribunal local não tratou do tema afeto à alegada ocorrência de má-fé das autoras, ante o ajuizamento de ação revisional de contrato, tal como trazido nas razões do recurso especial, faltando o adequado prequestionamento.

2. Incidência do óbice da Súmula 83/STJ. A jurisprudência desta Corte Superior é assente no sentido de que a compensação de valores e a repetição de indébito são cabíveis sempre que verificado o pagamento indevido, em repúdio ao enriquecimento ilícito de quem o receber, independentemente da comprovação do erro, nos termos da Súmula 322 do STJ.

2.1 Na hipótese, diversamente do quanto afirma a petrolífera, não ocorreu a mera desconstituição total de eventual crédito a inviabilizar a repetição do indébito, pois o quantum será oportunamente apurado em liquidação de sentença e, caso existente, deverá ser objeto de repetição do indébito na forma simples.

3. O dissídio jurisprudencial não foi devidamente demonstrado, porquanto o acórdão recorrido fundamentou o seu entendimento na assertiva segundo a qual, apesar da previsão contratual, o CDI - Certificado de Depósito Interbancário não poderia ser utilizado como índice de atualização monetária em virtude de conter, em sua essência, encargos remuneratórios, o

que impede seja adotado como simples índice para a reposição do poder de compra da moeda. Os julgados lançados a paradigma não tratam da referida peculiaridade, diga-se, fundamento basilar de toda a análise procedida na instância de origem acerca da questão.

3.1 Ademais, não tendo a parte impugnado o argumento principal utilizado pela Corte local para a exclusão do CDI como fator de correção monetária, a subsistência de fundamento inatacado apto a manter a conclusão do aresto impugnado impõe o não conhecimento da pretensão recursal, a teor do entendimento disposto na Súmula 283/STF.

4. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 189.141/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 01/04/2019, g.n.)

Nesse contexto, entendo que devida a restituição dos valores desembolsados após o indeferimento do pedido administrativo, no entanto, de forma simples.

Ante o exposto, com arrimo no art. 932, inciso V, do Código de Processo Civil, conheço e dou parcial provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença de primeiro grau, salvo quanto à devolução dos valores desembolsados que deverá ocorrer na forma simples.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2018/0160709-1 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.751.453 / MS**

Números Origem: 08019149420168120002 0801914942016812000250001
8019149420168120002 801914942016812000250001

PAUTA: 18/05/2021

JULGADO: 18/05/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSNIR BELICE

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FIRMINO JOSÉ DE SOUZA
RECORRENTE : MARIA CLARA SOUZA MOTA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO : CAIXA DE ASSISTENCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MATO
GROSSO DO SUL
ADVOGADA : ROSEMEIRE MACHADO STRUZIATO - MS015618

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após a vista regimental do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, dando parcial provimento ao recurso especial, pediu vista antecipada a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Aguardam os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.751.453 - MS (2018/0160709-1)
RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
RECORRENTE : FIRMINO JOSÉ DE SOUZA
RECORRENTE : MARIA CLARA SOUZA MOTA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO : CAIXA DE ASSISTENCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADA : ROSEMEIRE MACHADO STRUZIATO - MS015618

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de recurso especial interposto por FIRMINO JOSÉ DE SOUZA e MARIA CLARA SOUZA MOTA, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/MS.

Ação: declaratória de nulidade contratual c/c obrigação de fazer e restituição de valores ajuizada por FIRMINO e MARIA CLARA em face de CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL (CASSEMS), pretendendo que a operadora do plano de saúde incluía MARIA CLARA, sem a incidência do prazo de carência, como dependente natural (e não dependente agregada) de FIRMINO, que detém a sua guarda.

Sentença: o Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos para determinar a inclusão de Maria Clara como dependente natural do titular Firmino, bem como para condenar a operadora do plano de saúde a restituir, em dobro, os valores despendidos por ele desde 10/05/2015.

Acórdão: o TJ/SP, à unanimidade, deu provimento à apelação da CASSEMS para julgar improcedentes os pedidos. Eis a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – GUARDA DE MENOR – INCLUSÃO EM PLANO DE SAÚDE – POSSIBILIDADE NA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE AGREGADA – ARTIGO 16, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 E O ART. 33, § 3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE – PREVISÃO DIVERSA EM CASO DE TUTELA – PEDIDO INICIAL IMPROCEDENTE – SENTENÇA REFORMADA –

RECURSO PROVIDO.

Resta provida a apelação quando verificado o equívoco da sentença ao julgar procedente o pedido inicial da ação de obrigação de fazer, porquanto a pretensão de inclusão de menor sob a guarda do autor em plano de saúde na condição de dependente natural, não se ampara no artigo 16, § 2º, da Lei n. 8.213/91 (Dispõe sobre os Planos de Benefícios de Previdência Social e dá outras providências) e o art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e Adolescente, haja vista a tutela a que diz respeito a primeira legislação, não se iguala à guarda, já que são institutos diversos.

Recurso especial: aponta violação do art. 33, § 3º, do ECA e do art. 42, parágrafo único, do CDC, alegando, em síntese, que, se a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, deve ser a menor incluída no plano de saúde como dependente natural e não agregada do titular; que o estatuto do plano de saúde não pode se sobrepor à lei; e que, sendo cristalina a má-fé e o intuito de locupletamento ilícito por parte da CASSEMS, faz jus o titular do plano de saúde à repetição em dobro do indébito.

Juízo de admissibilidade: o especial foi admitido pelo TJ/MS.

Voto do Relator: na sessão de 18/05/2021, o e. Relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, concluiu que “não permitir que o menor que esteja sob a guarda judicial do titular do plano de saúde seja equiparado ao filho natural, para sua inclusão como beneficiário do plano, na condição de dependente natural, vulnera o princípio da isonomia material esculpido em nossa Carta Constitucional”.

Ao final, deu parcial provimento ao recurso especial para determinar a inclusão da menor ao plano de saúde na condição de dependente natural e determinar a restituição simples dos valores despendidos a maior.

É O BREVE RELATO DOS FATOS.

O propósito recursal consiste em decidir sobre a possibilidade de equiparação de menor sob guarda (neta da companheira) à condição de filho para o fim de inclusão na categoria de dependente natural, e não de dependente agregado, do titular do plano de saúde.

1. Pedi vista dos autos para uma análise mais detida do tema, considerando as peculiaridades que envolvem a demanda.

2. Quanto à inscrição do menor sob guarda no plano de saúde e ao aproveitamento de carência, estabelece a súmula normativa 25 da ANS:

QUANTO À INSCRIÇÃO DO MENOR ADOTADO, SOB GUARDA OU TUTELA, OU CUJA PATERNIDADE FOI RECONHECIDA, E DO APROVEITAMENTO DE CARÊNCIA.

7. O menor de 12 anos adotado por beneficiário de plano de saúde, ou sob guarda ou tutela deste, independente do tipo de segmentação contratada, pode ser inscrito no plano privado de assistência à saúde em até 30 (trinta) dias a contar da adoção, guarda, ou tutela, aproveitando os prazos de carência já cumpridos pelo beneficiário adotante, seja ele pai ou mãe, ou responsável legal, conforme o caso.

(...)

9. Em planos coletivos, a inscrição de dependente prevista nos itens 7 e 8 observará as condições de elegibilidade previstas no contrato celebrado entre a operadora e a pessoa jurídica contratante.

3. No particular, consta do acórdão recorrido, no que tange ao previsto no contrato coletivo do plano de saúde da CASSEMS:

10 - O Regulamento, as normas e Estatuto da CASSEMS estão em consonância com o dispositivo legal previsto no § 3º, do art. 33, da Lei 8.069/90, com o entendimento do artigo 16, § 2º, da Lei 8.213/91, com redação dada pela Lei 9.528/1997, pois, convivem harmoniosamente, já que não se nega a assistência à saúde, como também não se nega a inclusão como dependente do guardião, somente, o que distingue e difere é a condição e qualidade de dependente (adequação), que no caso de menor sob guarda é dependente agregado, ou seja, mediante contribuição individualizada. (fl. 458, e-STJ)

4. Sobre essa condição, o art. 2º, I, "b", da Resolução ANS 295/2012, estabelece que é dependente "o beneficiário de plano privado de assistência à

saúde cujo vínculo contratual com a operadora depende da existência de relação de dependência ou de agregado a um beneficiário titular”.

5. É dizer, natural ou agregado, filho ou menor sob guarda, ambos são dependentes do titular para todos os efeitos do contrato de plano de saúde.

6. Noutra toada, é importante salientar que a guarda estatutária, concedida em favor de terceira pessoa (art. 28 do ECA), não se confunde com a guarda de filho, estabelecida entre os pais do menor (art. 1.583 do CC/2002).

7. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, trata-se, a guarda estatutária, “de mecanismo de maximização de proteção infanto-juvenil, conferindo a um terceiro a obrigação de prestar assistência moral e material a uma criança ou adolescente”, que não substitui o poder familiar, mas com ele coexiste (Curso de Direito Civil: famílias. 9ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 679-680).

8. Não por outro motivo, o menor sob guarda é tido como dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, consoante estabelece o § 3º do art. 33 do ECA.

9. Sob essa perspectiva, inclusive, a Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 1.411.258/RS, pela sistemática dos recursos repetitivos (julgado em 11/10/2017, DJe 21/02/2018 – tema 732), fixou a tese de que “o menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada a sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da medida provisória 1.523/96, reeditada e convertida na lei 9.528/97”.

10. Na mesma senda, a Corte Especial decidiu que “o menor sob guarda judicial de servidor público do qual dependa economicamente no momento

do falecimento do responsável tem direito à pensão temporária de que trata o art. 217, II, b, da Lei 8.112/90", fazendo prevalecer, assim, a citada regra do ECA.

11. Infere-se, pois, que o menor sob guarda não é filho, mas a ele se equipara, por força do princípio da proteção integral, que subjaz ao § 3º do art. 33 do ECA, para o fim de se lhe assegurar a efetivação de direitos fundamentais ligados à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, dentre os quais o de recebimento de pensão por morte e o de inclusão, como dependente, em plano de saúde de titularidade do seu guardião.

12. A partir dessa premissa, concluiu o TJ/MS que o direito de assistência à saúde não foi negado a MARIA CLARA, na medida em que a CASSEMS "não se opõe a inclusão da criança sob a guarda do requerente, porém, baseada no artigo 8º, inciso III, e § 3º, de seu Estatuto, combinado com art. 4º, inciso II, alínea "g", do Manual do Beneficiário, afirma que tal adicionamento ao plano de saúde ocorrerá como dependente-agregada e mediante pagamento pecuniário" (fl. 460, e-STJ).

13. E, de fato, é incontroverso nos autos que a menor, que é neta da companheira de FIRMINO, está inscrita como sua dependente agregada desde 2005.

14. Ademais, verifica-se, da leitura da petição inicial, que a pretensão dos recorrentes se sustenta apenas na cobrança de valores diferenciados entre os dependentes naturais e agregados, não tendo sido apontado qualquer tipo de procedimento diferenciado com relação à cobertura assistencial ou a outra circunstância ligada à prestação do serviço em si, apta a revelar um tratamento discriminatório entre eles.

15. Oportuno ressaltar que essa cobrança de valores diferenciados não é vedada pela Lei 9.656/1998, sequer pela ANS, a qual, em sua página

eletrônica, esclarece:

Agregados, dependentes e titulares poderão ter preços diferentes no mesmo contrato/plano?

A diferenciação de preços nos contratos coletivos é possível desde que esteja prevista contratualmente, não sendo admissível a adoção de critérios discriminatórios. (Informação disponibilizada em: http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-da-operadora/central-de-atendimento-a-operadoras-e-prestadores/index.php?option=com_centraldeatendimento&view=operadora&resposta=1159&historico=28582261-grifous-e)

16. Convém, por fim, trazer à baila a informação contida na petição de fls. 553-571, e-STJ, juntada pela CASSEMS, de que, "com o advento da reforma estatutária, ocorrida, em 17 de dezembro de 2017, todos os dependentes naturais contribuem, não com tabela específica, mas com o aumento da contribuição do Associado Titular" (fl. 554, e-STJ).

17. Por todo o exposto, sob a ótica da proteção integral da criança e do adolescente, no que tange à garantia da assistência à saúde da menor sob guarda, não se vislumbra a apontada ofensa ao art. 33, § 3º, do ECA.

Forte nessas razões, pedindo vênias ao Relator, NEGOU PROVIMENTO ao recurso especial.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/15, considerando o trabalho adicional imposto ao advogado da recorrida em virtude da interposição deste recurso, majoro em R\$ 100,00 os honorários fixados anteriormente em seu favor (fl. 461, e-STJ), observada a concessão da gratuidade de justiça.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2018/0160709-1 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.751.453 / MS**

Números Origem: 08019149420168120002 0801914942016812000250001
8019149420168120002 801914942016812000250001

PAUTA: 18/05/2021

JULGADO: 25/05/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA IRANEIDE OLINDA SANTORO FACCHINI

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FIRMINO JOSÉ DE SOUZA
RECORRENTE : MARIA CLARA SOUZA MOTA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO : CAIXA DE ASSISTENCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MATO
GROSSO DO SUL
ADVOGADA : ROSEMEIRE MACHADO STRUZIATO - MS015618

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, inaugurando a divergência, negando provimento ao recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Aguardam os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.751.453 - MS (2018/0160709-1)

RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

RECORRENTE : FIRMINO JOSÉ DE SOUZA

RECORRENTE : MARIA CLARA SOUZA MOTA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RECORRIDO : CAIXA DE ASSISTENCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ADVOGADA : ROSEMEIRE MACHADO STRUZIATO - MS015618

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA:

Trata-se de recurso especial interposto por FIRMINO JOSÉ DE SOUZA e OUTRA, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (fls. 456/461) que deu provimento à apelação da CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL para julgar improcedentes os pedidos formulados na petição inicial.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – GUARDA DE MENOR – INCLUSÃO EM PLANO DE SAÚDE – POSSIBILIDADE NA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE AGREGADA – ARTIGO 16, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 E O ART. 33, § 3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE – PREVISÃO DIVERSA EM CASO DE TUTELA – PEDIDO INICIAL IMPROCEDENTE – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Resta provida a apelação quando verificado o equívoco da sentença ao julgar procedente o pedido inicial da ação de obrigação de fazer, porquanto a pretensão de inclusão de menor sob a guarda do autor em plano de saúde na condição de dependente natural, não se ampara no artigo 16, § 2º, da Lei n. 8.213/91 (Dispõe sobre os Planos de Benefícios de Previdência Social e dá outras providências) e o art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e Adolescente, haja vista a tutela a que diz respeito a primeira legislação, não se iguala à guarda, já que são institutos diversos" (fl. 456).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 483/489).

Em suas razões, os recorrentes apontam contrariedade aos arts. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Alegam, em síntese, que o menor sob guarda deve ser incluído no plano de saúde na condição de dependente natural, sendo discriminatória a inclusão como beneficiário agregado.

Acrescentam que,

Superior Tribunal de Justiça

"(...) ao negar a inclusão da menor Maria Clara na condição de dependente natural do recorrente Firmino José de Souza o v. aresto recorrido negou seu direito previsto na Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 33, § 3º.

(...)

O Estatuto da Criança e do Adolescente define que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos.

Em que pese o estatuto da recorrida trazer uma norma distinta, o estatuto não se sobrepõe a legislação, pois, quando este traz disposições contrárias à legalidade a mesma em hipótese alguma pode prevalecer" (fls. 503/506).

Arguem também que, com a admissão da menor sob guarda como dependente natural no plano de saúde, fazem jus à devolução em dobro dos valores de mensalidade pagos desnecessariamente.

Buscam, ao final, o restabelecimento da sentença.

Na sessão do dia 18/5/2021, o Relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, deu parcial provimento ao recurso especial a fim de "*restabelecer a sentença de primeiro grau, salvo quanto à devolução dos valores desembolsados que deverá ocorrer na forma simples*".

Asseverou ser "*abusiva a negativa de inclusão ao plano da menor na condição de dependente natural*"; haja vista a incidência do art. 33, § 3º, do ECA, que "*prevê expressamente que a guarda confere ao menor a condição de dependente*" do guardião "*para todos os efeitos legais, inclusive previdenciário*".

No tocante à devolução dos valores suportados, aplicou a Súmula nº 608/STJ, já que a recorrida é entidade de autogestão, de forma que o ressarcimento deveria ser feito de modo simples.

Pedi vista antecipada a Ministra Nancy Andrighi, que, na sessão do dia 25/5/2021, proferiu voto divergente, negando provimento ao recurso especial.

Concluiu que, "*sob a ótica da proteção integral da criança e do adolescente, no que tange à garantia da assistência à saúde da menor sob guarda, não se vislumbra a apontada ofensa ao art. 33, § 3º, do ECA*", visto ser possível a cobrança de valores de mensalidade diferenciados entre agregados, dependentes e titulares, desde que haja previsão contratual.

Pedi vista antecipada dos autos para melhor exame da matéria.

Superior Tribunal de Justiça

Cinge-se a controvérsia a definir: (i) se o menor sob guarda deve ser equiparado a filho para fins de inclusão em plano de saúde, o que lhe conferiria a condição de dependente natural e não de dependente agregado, e (ii) se os valores de mensalidade eventualmente pagos devem ser devolvidos de forma simples ou em dobro.

A pretensão recursal merece prosperar, como destacado pelo ilustre Ministro Relator, com a devida vênia da divergência.

De início, cumpre ressaltar que a guarda de menor, deferida pelo Poder Judiciário, confere ao guardião não só o direito, mas também o dever de proteger e zelar pela criança ou adolescente, sendo um instrumento de superação de situações de vulnerabilidade.

A propósito, confira-se o art. 33 do ECA:

"Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários."(grifou-se)

Assim, extrai-se que a guarda regulada pelo ECA consubstancia-se em uma modalidade de colocação da criança ou do adolescente em família substituta, sendo uma alternativa ao pai e à mãe incapacitados (art. 1.584, § 5º, do Código Civil) ou ao acolhimento institucional.

Como é sabido, deve-se dar preferência a programas de acolhimento familiar, a exemplo da guarda, de modo a garantir o princípio da proteção integral do menor, sobretudo para o órfão, o abandonado ou aquele que não pode conviver junto à sua família de origem (arts. 34, § 1º, e 260, § 2º, do ECA e art. 227, § 3º, VI, da Constituição Federal).

Além disso, a guarda pode ser deferida como procedimento preparatório ou incidental nos pedidos de adoção ou de tutela, sendo um instituto relevante para o direito pátrio.

Cabe asseverar que a guarda pode ser uma opção para pessoas que não podem adotar, como irmãos e ascendentes do adotando (art. 42, § 1º, do ECA), incluídos avós, o que

Superior Tribunal de Justiça

faculta a manutenção da pessoa em desenvolvimento em sua família extensa ou ampliada.

Logo, para poder exercer bem os poderes de guardião, o art. 33, § 3º, o ECA estabelece a qualidade de dependente à criança ou ao adolescente sob guarda para todos os fins e efeitos de direito, não devendo essa condição ser excluída do campo de incidência da Saúde Suplementar.

Sobre o tema, válidas são as lições de Guilherme de Souza Nucci:

"(...)

100. Direito de oposição a terceiros, inclusive pais: a guarda judicial, tal como prevista no art. 33 desta Lei, confere um poder familiar provisório, mas eficaz, a quem a detém no tocante ao pupilo (criança ou adolescente). Justamente porque se transfere ao guardião o poder familiar, em caráter cautelar, há perfeita viabilidade de oposição a quem quer que seja, inclusive aos pais consanguíneos. (...) Ora, o guardião é o responsável integral pela criança ou adolescente, como o é o tutor e, mais ainda, o pai (ou mãe) adotivo.

(...)

104. Pupilo como dependente para todos os fins: deferindo-se a guarda, o pupilo passa a gozar de todos os direitos disponíveis como dependente, tais como plano de saúde, desconto em imposto de renda, associado de clube etc. Essa situação é a decorrência natural da indispensabilidade da obrigação do guardião em prestar ao pupilo assistência material, moral e educacional."

(Nucci, Guilherme de Souza. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes, Rio de Janeiro: Forense, 2014)

Nesse contexto, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) define beneficiário dependente, para o plano privado de assistência à saúde, como sendo o usuário "*cujo vínculo contratual com a operadora depende da existência de relação de dependência ou de agregado a um beneficiário titular.*" (Glossário Temático da Saúde Suplementar)

No que tange às mensalidades do plano de saúde, é certo que podem haver diferenciações de valores conforme a categoria do beneficiário: titular, dependente ou agregado, mas a controvérsia dos autos consiste em definir se o menor sob guarda pode ser equiparado a filho (natural ou adotado) ou a tutelado, de modo a ser inserido no mesmo grupo dependente.

Em outras palavras, se for reconhecida a equiparação, inclusive para fins de inclusão no plano de saúde, não poderá o menor sob guarda ser classificado pela operadora em categoria diferente da que abrange o filho, o adotado ou o tutelado

Superior Tribunal de Justiça

infantes.

Nesse aspecto, quanto à inscrição de criança ou adolescente qualificados como filho natural, adotivo ou sob guarda ou tutela, o Órgão Regulador sempre tratou tais situações sem distinções, equiparando-as para todos os efeitos regulatórios, conforme se infere das Súmulas Normativas-ANS n°s 25 e 29, e respectivos considerandos:

"SÚMULA NORMATIVA N° 25, DE 13 DE SETEMBRO DE 2012

(...)

QUANTO À INSCRIÇÃO DO RECÉM-NASCIDO, FILHO NATURAL OU ADOTIVO, OU SOB GUARDA OU TUTELA.

4. O recém-nascido, filho natural ou adotivo de beneficiário de plano de saúde de segmentação hospitalar com obstetrícia, pode ser inscrito no plano de saúde em até 30 (trinta) dias do nascimento ou adoção, observando-se:

4.1. A inscrição pode ser exercida quando o beneficiário for o pai ou a mãe;

4.2. A inscrição independe de o parto ter sido coberto pela operadora ou do cumprimento de quaisquer prazos de carência; e

4.3. O cumprimento ou não do prazo de carência para parto a termo não interfere no direito à inscrição no plano de saúde.

5. O recém-nascido sob guarda ou tutela pode ser inscrito no plano de segmentação hospitalar com obstetrícia pelo responsável legal em até 30 (trinta) dias da tutela, ou guarda.

6. A inscrição do recém nascido, na forma dos itens 4 e 5, pelo dependente de plano privado de assistência a saúde de segmentação hospitalar com obstetrícia, em planos coletivos, observará as condições de elegibilidade previstas no contrato celebrado entre a operadora e a pessoa jurídica contratante.

QUANTO À INSCRIÇÃO DO MENOR ADOTADO, SOB GUARDA OU TUTELA, OU CUJA PATERNIDADE FOI RECONHECIDA, E DO APROVEITAMENTO DE CARÊNCIA.

7. O menor de 12 anos adotado por beneficiário de plano de saúde, ou sob guarda ou tutela deste, independente do tipo de segmentação contratada, pode ser inscrito no plano privado de assistência à saúde em até 30 (trinta) dias a contar da adoção, guarda, ou tutela, aproveitando os prazos de carência já cumpridos pelo beneficiário adotante, seja ele pai ou mãe, ou responsável legal, conforme o caso.

8. O filho menor de 12 anos cuja paternidade tenha sido reconhecida judicial ou extrajudicialmente pode ser inscrito no plano privado de assistência à saúde em até 30 dias do reconhecimento, aproveitando os prazos de carência cumpridos pelo beneficiário pai, independente da segmentação contratada.

9. Em planos coletivos, a inscrição de dependente prevista nos itens 7 e 8 observará as condições de elegibilidade previstas no contrato celebrado entre a operadora e a pessoa jurídica contratante."(grifou-se)

"SÚMULA NORMATIVA N° 29, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2015

(...)

Considerando as regras para planos privados de assistência à saúde com cobertura obstétrica, previstas no inciso III do art. 12 da Lei n° 9.656, de 3 de junho de 1998;

Considerando a regra para planos privados de assistência à saúde acerca da

Superior Tribunal de Justiça

inscrição do filho adotivo menor de 12 anos, prevista no inciso VII do art. 12 da Lei nº 9.656, de 1998;

Considerando as formas de imposição de carência para planos privados de assistência à saúde, dispostas no inciso V do art. 12 da Lei nº 9.656, de 1998;

Considerando as disposições da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente;

(...)

Considerando a recomendação PR/RJ/CG nº 4/2014, expedida pelo Ministério Público Federal; e

Considerando a necessidade de esclarecimento do entendimento já existente sobre a abrangência do termo 'guarda', para fins de interpretação do disposto da Súmula Normativa nº 25, de 13 de setembro de 2012;

Resolve adotar o seguinte entendimento vinculativo:

Para efeitos da Súmula Normativa nº 25, de 13 de setembro de 2012, o termo 'guarda' abrange a guarda provisória ou permanente, nos termos dos artigos 33, 34 e 35 da Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente."(grifou-se)

Assim, a

"(...) possibilidade de inscrição de uma criança como dependente do beneficiário titular não se restringe à comprovação da existência do vínculo biológico entre eles - filiação biológica sendo plenamente possibilitada a inscrição do filho adotivo e do reconhecido judicial ou extrajudicialmente, bem como daquele que esteja sob guarda ou tutela do usuário titular, sem existir, pois, vínculo de filiação juridicamente reconhecido entre eles."

(GOMES, Josiane Araújo. Lei dos planos de saúde, 2ª ed., Salvador: JusPodivm, 2020, pág. 213)

Logo, como o menor sob guarda é dependente do guardião para todos os efeitos de direito, sendo equiparado, inclusive no campo da Saúde Suplementar, ao filho natural, ao adotado ou ao tutelado infantes, deverá estar ao lado de seus congêneres na inclusão, como dependente, em plano de saúde, não podendo haver distinção seja de natureza assistencial seja de índole financeira.

Na espécie, embora haja dispositivo no Estatuto da recorrida elencando o menor sob guarda como dependente agregado, de forma que não poderia ser enquadrado como dependente natural, ao lado de filhos, enteados e menores sob tutela (art. 4º do Regulamento do Plano de Benefícios Assistenciais da CASSEMS - sentença, fls. 370/371), o que lhe impõe o recolhimento de mensalidades, tal previsão vai de encontro a normas de ordem pública e de hierarquia superior, não prevalecendo ante o disposto no art. 33, § 3º, do ECA.

De fato, a imposição de valores superiores que deverão ser suportados pelo titular guardião, ao considerar o menor sob sua guarda como agregado, isto é, em categoria diversa do dependente natural, representa obstáculo e sacrifício

Superior Tribunal de Justiça

destoantes da igualdade em sua acepção material, esvaziando a finalidade da guarda.

Nesse sentido, o seguinte julgado, que apreciou caso relativo à indevida discriminação de menor sob guarda em estatuto de clube social:

"Clube social. Dependente. Menor sob guarda. Garante-se aos associados dispor, nos estatutos do clube, da forma que mais conveniente lhes parecer quanto ao acesso ao quadro social. Não é possível, entretanto, estabelecer discriminação que a lei não admite." (REsp nº 93.634/MG, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Terceira Turma, DJ de 18/10/1999 - grifou-se)

Cabe assinalar, ainda, que a guarda, no caso, foi devidamente concedida, não havendo nos autos indícios de que o instituto foi utilizado apenas com o intuito meramente econômico, tão somente para a inclusão da menor em plano de saúde.

Em suma, a existência de limitações à inclusão da criança ou do adolescente sob guarda em plano de saúde, como a cobrança de mensalidades em valor superior ao do dependente natural (filho, adotado e tutelados menores), fere o próprio objetivo da guarda, que é o de propiciar ao infante a proteção integral pelo guardião, em família substitutiva.

Por fim, no tocante à devolução de valores recolhidos indevidamente a título de mensalidade, também adiro à fundamentação lançada pelo ilustre Relator, já que a legislação consumerista não incide na relação havida entre usuário e entidade de autogestão (Súmula nº 608/STJ), tampouco ocorreu afronta à boa-fé objetiva. Logo, a restituição deverá ser feita na forma simples e não em dobro.

Ante o exposto, acompanho o Relator, o ilustre Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, para dar parcial provimento ao recurso especial a fim de restabelecer a sentença, com a determinação de devolução simples dos valores de mensalidade efetivamente pagos, com a devida vênua da divergência inaugurada pela ilustre Ministra Nancy Andrichi.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2018/0160709-1 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.751.453 / MS**

Números Origem: 08019149420168120002 0801914942016812000250001
8019149420168120002 801914942016812000250001

PAUTA: 18/05/2021

JULGADO: 08/06/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. DURVAL TADEU GUIMARÃES

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FIRMINO JOSÉ DE SOUZA
RECORRENTE : MARIA CLARA SOUZA MOTA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO : CAIXA DE ASSISTENCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MATO
GROSSO DO SUL
ADVOGADA : ROSEMEIRE MACHADO STRUZIATO - MS015618

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, acompanhando o voto do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a Terceira Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencida a Sra. Ministra Nancy Andrichi. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.