

# A EQUIPARAÇÃO DO MENOR SOB GUARDA JUDICIAL A FILHO E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE VONTADE NOS CONTRATOS DE SEGURO.

Vinicius de Almeida GONÇALVES<sup>1</sup>

**Resumo:** Com base no princípio da autonomia de vontade e na lei n. 8.2143/91, as Seguradoras começaram a elaborar seus contratos, regulamentos no sentido de considerar o menor sob guarda judicial como um dependente diverso que a do filho para o Segurado. Tendo como base as constantes evoluções no Direito de Família e os princípios constitucionais, em especial na proteção da criança e do adolescente, o presente artigo analisa a validade jurídica dessa liberdade contratual feita nos contratos de seguro.

**Palavras-chaves:** Menor sob guarda judicial. Equiparação. Autonomia de Vontade. Isonomia. Contrato de seguro.

**Abstract:** *Based on the principle of autonomy of will and the law n. 8.2143/91, insurance companies began drafting their contracts, regulations in order to consider the lower court under guard as a dependent differently than the child to the Insured. Based on the constant developments in family law and constitutional principles, especially in the protection of children and adolescents, this article analyzes the legal validity of freedom of contract made in the insurance contracts.*

**Keywords:** *Lower court under guard. Assimilation. Autonomy of the Will. Equality. Insurance contract.*

## 1. INTRODUÇÃO.

Como o Direito é uma ciência social, aquele é obrigado acompanhar as evoluções que ocorrem dentro de um meio social, com isso, conseqüentemente, tem-se no Direito um ramo em constantes alterações em sua essencial, para então atingir seus objetivos como regulador das relações sociais.

---

<sup>1</sup> Advogado.

Dentre essas evoluções no campo jurídico é possível observar as tendências atuais da prevalência do princípio da dignidade humana e igualdade como fundamentos de um Estado Democrático de Direito, desdobrando-se tais princípios a diversas formas, dentre as quais destacamos a proteção do menor e a autonomia de vontade nas relações contratuais.

Atualmente, no Brasil, luta-se pelo sadio desenvolvimento do menor e atribui tal responsabilidade a todos que compõem um Estado. Dentre as diversas formas de proteção ao menor, surge a ideia de igualdade entre as crianças e aos adolescentes, dentro dessa ideia de igualdade tem-se da equiparação do menor sob guarda a filho.

Por outro lado, há também a elevação de um dos princípios basilares nas relações contratuais, que é a da autonomia de vontade. Por meio de uma evolução doutrinária, aquele princípio tomou novos rumos.

Tais exemplos é uma forma de mostrar o que muitos dizem serem novos caminhos que devem ser tomados para a concretização de um moderno conceito de justiça.

Entretanto, há um ponto que se deve observar. Atualmente, com base no princípio da autonomia da vontade nas relações contratuais, muitas Seguradoras tem – tendo também como “fonte de inspiração” certas leis esparsas – admitido que seus Segurados incluam o menor sob guarda como seu dependente em seus contratos (como, por exemplo, plano de saúde, seguro de vida e etc.), alegando que, se este – o menor sob guarda – esta sob os cuidados do Segurado, poderá ser incluído aos benefícios trazidos pela relação de contrato.

Todavia, a inclusão como dependente é diferente daquela que se faz quando o Segurado inclui o próprio filho.

O que se passa a analisar seria sobre a validade jurídica dessa diferenciação dada pelas Seguradoras em suas relações contratuais. Estariam estas exercendo livre e corretamente um dos princípios de direito civil ou estariam confrontando uma visão moderna do menor sob guarda?

## **2. DESDOBRAMENTO DA PROBLEMÁTICA. ANÁLISE A EQUIPARAÇÃO DO MENOR SOB GUARDA JUDICIAL A FILHO E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE.**

Apresentado, então, na introdução desse presente artigo a problemática a qual passasse a trabalhar, será necessário, para fins didáticos, inicialmente, dividir a mesma em tópicos para o melhor aproveitamento da leitura.

Como foi apontado acima, existem dois parâmetros que deveram ser estudados (mesmo que de forma sucinta) para melhor alusão a questão, a saber: a equiparação do menor sob guarda a filho e o princípio da autonomia da vontade nas relações contratuais. A qual passasse a expor.

### **2.1 Menor sob guarda judicial equiparado a filho.**

Inicialmente, vale tecer alguns comentários sobre a equiparação do menor sob guarda judicial a figura de filho em nosso direito pátrio.

Ao se tratar sobre a proteção do menor no direito brasileiro deve-se lembrar do artigo 227 da Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei n. 8069/90), a qual estabelecem os princípios basilares na defesa da criança e do adolescente.

Dentre os princípios norteadores da defesa da criança e do adolescente, aponta-se o princípio da proteção integral como o mais importante nessa relação, previsto no *caput* do artigo 227, CF/88:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, À liberdade e à conveniência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> É notório o reconhecimento de que tal dispositivo teve como influência a Convenção sobre Direitos das Crianças (1989) em seu artigo 3º: “Art. 3. (...): 2. Os Estados-Partes comprometem-se a garantir à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a seu cargo e, para este efeito, tomam todas as medidas legislativas e administrativas adequadas”.

Sobre o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, aponta Fábio Luiz Gomes:

Tal princípio se submete a uma norma de um direito a prestações fáticas ou normativas, portanto, assegura à criança e ao adolescente, dentre outros: o direito a igualdade dos filhos perante a lei, o direito à educação, à cultura, a uma família<sup>3</sup>.

O Estado e a sociedade têm como prioridade absoluta garantir o sadio desenvolvimento físico e mental da criança e do adolescente.

Uma das formas de se atingir tal fim é por meio do instituto da guarda judicial, disciplinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 33 e seguintes.

A partir do momento em que uma pessoa requer e é concedida a guarda judicial de um menor, a mesma assume para si o *múnus* de prestar assistência material, moral e educacional à criança e do adolescente, conferindo até àquele o direito de se opor a terceiro, inclusive os pais (artigo 33, *caput*, ECA).

No procedimento da guarda, falasse em posse do menor (artigo 33, 1º, ECA). Normalmente, na prática, o Requerente busca o Poder Judiciário para regularizar a posse de fato – que seja, em linhas gerais, dar uma moradia ao menor e garantir seu desenvolvimento – para posse de direito – reconhecimento judicial do encargo exercido. A melhor opção, de fato, seria o procedimento de adoção, a qual o menor adotado, por base no nosso sistema civil-constitucional, é considerado filho<sup>4</sup>, entretanto, muitas pessoas, dotadas por uma visão cultural e com receio de extinguir esse vínculo jurídico de parentesco biológico do menor com seus pais acabam por optar por esse procedimento judicial mais simplificado, qual seja, a guarda.

Como se sabe, um terceiro (diverso dos pais) assumindo a posse de direito do menor estará suspendendo ou extinguindo o poder familiar de seus pais biológicos, como demonstram os artigos 1.635 e artigo 1.637, § único ambos do Código Civil. Contudo, não estará cessando – numa visão jurídica – com o vínculo sanguíneo deles,

---

<sup>3</sup> GOMES, Fábio Luiz. *Princípio da proteção integral da criança e do adolescente e o princípio da transitoriedade dos abrigos*. in. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. vol. 6. Ano 2.009. Disponível em: [www.revistaeletronica.dfd.unibrasil.com.br](http://www.revistaeletronica.dfd.unibrasil.com.br). Acesso em: 04 de maio de 2.012.

<sup>4</sup> *Tem-se aqui a visão da família sócioafetiva.*

assim podendo, requerer até a ajuda na subsistência do menor, como, por exemplo, na estipulação de alimentos e regulamentação do direito de visitas.

Portanto, quando alguém exerce a guarda judicial de um menor, normalmente, estará fornecendo uma moradia a este, dirigindo a educação básica necessária, fornecendo os métodos necessários para preservar sua saúde, respeitando a dignidade da pessoa humana naquele incapaz, reunindo-se sob a mesma mesa para as refeições, dividindo a televisão e etc., ou seja, deixando o menor ser parte de sua família. Tanto é que o Estatuto da Criança e do Adolescente denomina o procedimento de guarda como uma das formas de configuração de “família substituta”<sup>5</sup>.

Não há qualquer sombra de dúvida de que, quando o menor é encaminhado a uma família substituta, mesmo sendo caso de guarda, estará se tornando membro desta. Eis uma das classificações das denominadas famílias sócioafetivas.

Família substituta é aquela que se propõe trazer para dentro dos umbrais da própria casa, uma criança ou adolescente que por qualquer circunstância foi desprovido da família natural, para que faça parte integrante dela, nela se desenvolva e seja.

Portanto, esta criança (ou adolescente) vai passar a ser membro desta família que generosamente a acolhe, que livremente a quer entre os seus, dispensando-lhe tudo de que precisa sobretudo, amor<sup>6/7</sup>.

Visualizando tal situação, de um menor sob guarda judicial ingressar no seio de uma nova família (ou família substituta), fica mais fácil aceitar a sua equiparação a figura de filho.

Tem-se aqui, portanto, a aplicação do princípio da isonomia.

O princípio da isonomia é sempre associado a célebre definição feita por Rui Barbosa, a qual consiste em “tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”. Mas, aqui, se faz necessário ver tal princípio no campo do direito de família:

---

<sup>5</sup> “Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela e adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou do adolescente, nos termos da Lei”. (ECA).

<sup>6</sup> DAHER, Marlusse Pestana. Família substituta. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1655>. Acesso em: 4 maio 2012.

<sup>7</sup> Essa mesma visão também é vista na jurisprudência nacional, v.g., TJMS; AC 2012.001616-5/0000-00; Nova Andradina; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinbo; DJEMS 20/03/2012, e, TJDF; Rec 2011.00.2.014080-1; Ac. 563.220; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Teófilo Caetano; DJDFTE 07/02/2012, dentre outros julgados.

A adoção constitucional do princípio da igualdade prepara, de certa forma, o ordenamento jurídico para a recepção de novas doutrinas. É que, prevendo o conceito de igualdade uma abertura do sistema para que os membros da família sejam considerados de forma isônoma como sujeitos de direito, permite, de outra parte, o reconhecimento de suas individualizações e de um maior respeito a seus direitos fundamentais. Em outras palavras, autoriza que se comece a enfrentar a matéria de direito de família a partir de um resgate do “sentimento”, da busca de um maior humanismo na resolução dos desafios jurídicos que se apresentam<sup>8</sup>.

Se o menor esta dentro de uma família substituta, dependendo não apenas economicamente como também moralmente, recebendo o carinho, a atenção e educação que aquela possa oferecer deve se falar que tal família aceitou aquele menor como um novo membro, como um novo filho.

Aprofundando-se um pouco, poderia até se afirmar que tal hipótese de equiparação pode ser uma exteriorização do sub-princípio da igualdade de filiação - previsto no § 6º do artigo 227 da Constituição Federal<sup>9</sup> ao dispor a não discriminação entre os filhos havidos dentro ou fora do casamento, como os adotados, além também de igualar os direitos entre si – revestindo a este uma ampla interpretação.

Qualquer designação discriminatória também não deve ocorrer na figura do menor sob guarda judicial, pois, numa realidade fática, age e é tratado como um filho, por mais que, de fato, existam certas distinções em razão de direitos comparados aos filhos e aos adotados.

## **2.2 O princípio da autonomia de vontade no direito contratual.**

Adiante com o desdobramento da problemática apresentada, tem-se o princípio da autonomia de vontade no direito contratual, “que, genericamente, pode enunciar-se como a faculdade que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> LIMA MARQUES, Cláudia. CACHAPUZ, Maria Cláudia. VITÓRIA, Ana Paula da Silva. *Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual – direito pós-moderno?*. in. *Revista Igualdade*. ed. XXVI. ano 2.009. Disponível em: [www.mp.pr.gov.br](http://www.mp.pr.gov.br). Acesso em: 04 de maio de 2.012.

<sup>9</sup> Vale apontar que foi dado redação idêntica ao artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 1.596 do Código Civil.

<sup>10</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, volume III, contratos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2.009. p. 22.

Por meio desse princípio nosso sistema jurídico entrega aos particulares a faculdade de estabelecer relações que envolvam direitos e obrigações entre si, ou seja, a liberdade de contratar.

Tal liberdade de contratar configura-se em diversos momentos de uma relação contratual, iniciando-se pela livre manifestação em estabelecer um contrato ou não, por conveniência e oportunidade. Os particulares são livres em escolher se desejam contratar ou não. Entretanto essa livre manifestação, como se sabe, atualmente não pode ser visto como absoluta, haverá momentos, estipulados por lei que deverá ocorrer por força de contrato anterior, v.g., cita-se o artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor ao proibir atos de não-fazer pelo fornecedor ao consumidor que origina uma nova relação contratual, mesmo que dependente da anterior. Tem-se aqui o que alguns doutrinadores denominam de limitações à liberdade contratual, diferenciando esta com a liberdade de contratar.

A liberdade também ocorre quando se escolhe com quem irá manter uma relação contratual, sendo certo que também aqui não se trata de uma visão absoluta, podendo haver situações em que não há como manter uma escolha com quem contratar.

Adiante, também se encontra presente a liberdade de contratar na elaboração do conteúdo do contrato, podendo as partes ter o livre exercício de estipular seus termos, conforme interpretação do artigo 425 do Código Civil, a qual dispõe da possibilidade de criação de contratos atípicos. Até nos contratos denominados típicos – cujo as regras são disciplinados por lei – que, normativamente, já oferecem aos particulares uma estrutura legal de determinado tipo contratual, as partes perfilham, como de sua própria redação, os dispositivos legais existentes<sup>11</sup>.

E por fim, a liberdade de contratar também se encontra presente na fase pós-contratual, onde a parte poderá se valer do Poder Judiciário para requerer o cumprimento da relação contratual estabelecida.

Um ponto interessante sobre o princípio da autonomia de vontade é debatido por Flávio Tartuci, em sua obra *Manual de direito civil*, a qual trata da

---

<sup>11</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op cit.*, p. 20.

necessidade de substituição de tal princípio pelo princípio da autonomia privada, pois assim haveria um respeito maior ao princípio da função social dos contratos<sup>12</sup>.

A distinção entre a autonomia de vontade com a autonomia privada se dá no sentido de que esta abrangeria aquela. Fundamentando por meio de doutrina estrangeira, Flávio Tartuci e por base da *personalização do Direito Privado*, seria equivocado afirmar que a autonomia decorre da vontade, mas da própria pessoa.

Ao se utilizar a expressão “vontade” estaria adentrando em um campo subjetivo, diferentemente da expressão “privada” a qual dota-se de uma visão objetiva e concreta. Ademais, adotar o princípio da autonomia privada estará mais visível sua limitação frente a função social dos contratos. Atualmente, os contratos já não são formados pela vontade pura das partes, mas a soma desta com outros fatores. Já não há que se falar de vontade como determinante na relação contratual, exemplo prático para se visualizar, seriam os contratos de adesão, a qual a “vontade” do oblato se resume em aceitar ou não um contrato já determinado.

Por tais razões, Flávio Tartuci, conclui sua visão sobre a necessidade de tal substituição principiológica e por fim conceitua o princípio da autonomia privada como:

(...) sendo um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública – pelo qual na formação do contrato, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se do direito indeclinável da parte de autorregular-se aos seus interesses, decorrente da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais<sup>13</sup>.

Independente da escolha da nomenclatura do princípio em tela, a liberdade individual de contratar será sempre limitada pela ordem pública, prevalecendo esta sobre aquela. Tal limitação é denominada como dirigismo contratual ou intervenção estatal, vista claramente em leis como Código de Defesa do Consumidor (como ao determinar a nulidade de cláusulas abusivas – artigo 39), no Código Civil (como ao determinar abusiva e nula a cláusula, em contrato de adesão, a renúncia antecipada – artigo 423) e em leis esparsas (como

---

<sup>12</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil – volume único*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2.011. p. 490.

<sup>13</sup> TARTUCE, Flávio. *Op. cit.* p. 493.



na lei 8.245/91 – lei de locação – ao determinar a existência de um direito de preferência pelo locatário – artigo 27).

Em razão aos contratos de seguro, podem as Seguradoras elaborar seus contratos, regulamentos e etc. por meio dessa liberdade contratual dada pelo Direito Civil, desde que, conforme apontado acima, não confronte com a ordem pública. Portanto, exemplificando, pode muito bem uma Seguradora ofertar um plano de saúde em que limita o número de dependentes do segurado, porém, de outro lado, uma Seguradora que forneça seguro de automóveis não poderá se negar de pagar o prêmio para o Segurado que teve seu veículo, comprovadamente, extraviado por terceiros.

Por fim, vale apontar que, por ordem pública, deve-se entender – na lição de Silvio Rodrigues – como “o conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar”<sup>14</sup>.

### **3. APRESENTAÇÃO DA PROBLEMÁTICA EM UMA VISÃO PRÁTICA. ANÁLISE DE JULGADOS PROFERIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL.**

Para um melhor aproveitamento deste artigo, trabalhará a problemática apresentada através da apresentação de casos práticos a qual foram julgados por Tribunais de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, por meio das ementas dos casos abaixo apresentados, será realizado um desmembramento para melhor conclusão deste presente artigo.

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul já teve que confrontar com tal problemática em diversos casos, a qual se destaca dois julgados, cuja ementas seguem abaixo:

**APELAÇÃO CÍVEL. COMINATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. PREJUDICIAL DE MÉRITO RELATIVA À DECADÊNCIA. AFASTADA. MÉRITO. INCLUSÃO DE MENOR, SOB A GUARDA DA AVÓ, COMO DEPENDENTE NATURAL DESTA NO PLANO DE**

---

<sup>14</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. volume 3: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 28. ed. São Paulo: Saraiva. 2.002. p. 16.

**SAÚDE. EQUIPARAÇÃO A FILHO.** Condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito em decorrência do estado de guarda- Art. 33, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - Proteção ao menor – Desnecessidade de prequestionamento expresso - Recurso conhecido e improvido<sup>15</sup>.

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MENOR SOB GUARDA JUDICIAL. PRETENSÃO DE INCLUSÃO EM PLANO DE SAÚDE SUPLEMENTAR COMO DEPENDENTE NATURAL INAPLICABILIDADE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ECA. PREVALÊNCIA DA NORMA PREVIDENCIÁRIA E DO REGULAMENTO DO PLANO CONTRATADO. DEPENDENTE AGREGADO. CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL DEVIDA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.** A Lei n.º 9.528/97, dando nova redação ao art. 16 da Lei de Benefícios da Previdência Social, suprimiu a hipótese de guarda judicial do rol de dependentes do segurado. Nos termos do regulamento da CASSEMS, a menor que se encontra sob a guarda judicial da titular do plano de saúde é considerada dependente agregada e, sendo a filiação facultativa, seus associados estão sujeitos aos requisitos previstos em seu estatuto, não havendo como se exigir a prestação do serviço de saúde sem a devida contraprestação, pois não se trata de previdência (filiação obrigatória)<sup>16</sup>.

Como bem se observa, é visível a divergência entre as decisões, sendo que a Quinta Turma Cível daquele Egrégio Tribunal equiparou o menor sob guarda judicial a filho e considerou como dependente natural para o plano de saúde, enquanto a Quarta Turma Cível do mesmo Tribunal não considerou a equiparação e manteve o menor sob guarda como dependente agregado.

Para fins didáticos a qual esse artigo se destina, será apresentado uma breve síntese dos acórdãos proferidos acima.

### **3.1 Síntese do acórdão proferido pela Quinta Turma Cível.**

A discussão desses autos era em razão da Autora, segurada, ter requerida que a Ré, empresa-seguradora, inclui-se seu neto – a quem detêm a guarda judicial – como dependente natural, independente de qualquer contribuição.

---

<sup>15</sup> TJMS; AC-Or 2011.001598-8/0000-00; Campo Grande; Quinta Turma Cível; Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; DJEMS 28/02/2011; Pág. 35.

<sup>16</sup> TJMS; AC-Or 2010.036788-4/0000-00; Nova Andradina; Quarta Turma Cível; Rel. Des. Rêmolo Letteriello; DJEMS 22/02/2011; Pág. 42

Segundo o regulamento da Requerida, quem enquadra-se no conceito de dependente natural (por exemplo, o filho) seria considerado dependente do segurado sem ser necessário a cobrança de contribuição, por outro lado, se caso enquadra-se no conceito de dependente agregado (por exemplo, terceiro que não fosse cônjuge ou filho) poderia ser incluído como dependente do segurado mediante contribuição específica.

O relator do acórdão, desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso, em seu voto, fundamentou-se com base no artigo 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual dispõe que a guarda confere ao menor a condição de dependente, para todos os fins, inclusive previdenciários. O voto foi seguido pelos demais desembargadores, o que, por unanimidade manteve o entendimento da equiparação prevalecendo sobre a autonomia de vontade.

### **3.2 Síntese do acórdão proferido pela Quarta Turma Cível.**

Em caso análogo, inclusive envolvendo a mesma Requerida, a Quarta Turma Cível do Tribunal de Mato Grosso do Sul, por meio de decisão monocrática proferida em recurso especial pelo desembargador Hildebrando Coelho Neto, manteve entendimento contrário ao da Quinta Turma Cível do mesmo Tribunal.

Como se observa na fundamentação proferida pelo eminente desembargador, sua decisão teve como base o artigo 16, § 2º da lei n. 9.528/97 (lei de benefícios previdenciários)<sup>17</sup>, a qual, por meio de nova redação dada pela lei. 9.528/97, a qual, retirou, para fins de Previdência Social, a antiga equiparação legal do menor sob guarda a condição de filho, também se baseou no entendimento do STJ sobre a aplicação da nova redação do artigo 16 da lei de benefícios previdenciários.

## **4. A PREVALÊNCIA DA EQUIPARAÇÃO SOBRE O PRINCÍPIO CONTRATUAL.**

A equiparação do menor sob guarda judicial a filho deve prevalecer sobre o princípio da autonomia de vontade nos contratos de seguro.

---

<sup>17</sup> “Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

§ 2º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento”.

Como pôde se observar na apresentação prática da problemática, alguns contratos de seguro, influenciadas tanto no princípio em tela como na lei de benefícios previdenciários, vem adotando a visão de que o menor sob guarda deve ser visto como um dependente especial do segurado. A consequência de tal posicionamento se dá pelo fato de tornar a relação contratual mais gravosa ao segurado, que, terá que pagar uma contribuição a mais para inserir o menor como dependente.

De fato as seguradoras tem o direito de regulamentar seus contratos com base no princípio da autonomia de vontade, desde que este não contrarie a ordem pública. Muitas se basearam na nova redação dada ao artigo 16, § 2º da lei de benefícios previdenciários que retirou a equiparação antes existente. Se apenas tomar como base essas informações, é correto afirmar que as seguradoras estão agindo em conformidade com o direito, inclusive até tendo como base norma infraconstitucional.

Porém, vale apontar que a “fonte de inspiração” das seguradoras, ou seja, a nova redação do artigo 16, § 2º da lei de benefícios previdenciários é extremamente apontada pela doutrina e jurisprudência pátria como inconstitucional.

Em excelente parecer elaborado em fevereiro de 2.011, o procurador regional da República, Brasilino Pereira dos Santos, conclui que, de fato, o dispositivo da lei de benefícios previdenciários que excluiu a equiparação do menor sob guarda judicial a figura de filho deve ser visto como norma inconstitucional, pois estaria em confronto com o artigo 227, *caput*, da Constituição Federal de 1.988 e o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, também seria visto como prática legislativa de discriminação e desrespeito ao princípio da isonomia, uma vez que, em sua nova redação retirou a figura do menor sob guarda, mas manteve a do menor sob tutela, tratando-se portanto de lamentável retrocesso cometido pelo legislador<sup>18</sup>.

Não há nexos em se a Carta Magna estabelecer “prioridade absoluta” à criança e ao adolescente e se, atualmente, vigora, tanto em relação a seguridade social como privada uma discriminação na imagem do menor. A permanência desse dê-avanço jurídico só retira mais e mais o significado de isonomia, igualdade em um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>18</sup> SANTOS, Brasilino Pereira dos. *Menor sob guarda judicial é dependente previdenciário*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2786, 16 fev. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18505>. Acesso em: 6 maio 2012.

Em ação civil pública n. 1998.37.00.001311-0/MA que tramitou na TRT da primeira região, já pôde a corte especial daquele tribunal apontar o desrespeito constitucional contra o menor sobre o artigo 16 da lei de benefícios previdenciários, a qual se apresenta trecho da ementa abaixo:

Ademais, a discriminação trazida pela nova redação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91 - ao excluir o menor sob guarda judicial da condição de dependente do segurado -, afronta, também, o princípio constitucional da isonomia, previsto no art. 5º, caput, da CF/88, pois, do ponto de vista essencial - não do nomen iuris do instituto jurídico sob cuja tutela vivem -, os menores sujeitos à guarda judicial de outrem necessitam dos mesmos cuidados e da mesma proteção estatal dispensada aos tutelados, diante do infortúnio da morte do guardião ou tutor, conforme o caso.<sup>19</sup>

Conforme exposto anteriormente, o menor sob guarda judicial, atualmente deve ser equiparado como filho em respeito ao princípio da isonomia. Uma vez que, a criança ou o adolescente, comprovadamente, dependa economicamente da família (família esta “substituta”), assim como o filho, reside na mesma residência, assim como o filho, e recebe o zelo em seu desenvolvimento físico-intelectual pela família, assim como o filho, nada mais é que, numa visão social, membro daquela família, mesmo sem vínculo sanguíneo, mas apenas social.

E se uma das atuais mudanças no direito de família é a proteção da família e/ou de seus novos membros para além de apenas um vínculo biológico, o menor nessas condições deve ser inserido nesse novo conceito.

O princípio da autonomia de vontade confere ao contratante a liberdade em contratar, mas desde que não ofenda a ordem pública. Essa discriminação sendo realizada na pessoa do menor sob guarda é, claramente, uma questão de ordem pública, afinal, é o que se prevê no artigo 227 da Constituição Federal, pois é dever da família, da sociedade e do Estado às questões pertinentes a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade.

Por fim vale apontar que, tal equiparação só poderá ocorrer se estiver regularizada a situação do menor, não há como se admitir essa visão caso

---

<sup>19</sup> INREO 1998.37.00.001311-0/MA, Rel.: Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Corte Especial, publicado no e-DJF1 de 21/09/2009, p. 222.

alguém exerce apenas a posse de fato do menor, sendo necessária a busca do Poder Judiciário para conferir a posse de direito, pois, concedida esta fica mais concretizado o encargo dado a família, como a proteção do menor. Ademais, aponta o Estatuto da Criança e do Adolescente que só é possível auferir dos benefícios que o menor teria direito se for concedida a guarda (leia-se, guarda judicial)<sup>20</sup>, a posse de fato, mesmo que ficar comprovado a dependência econômica do menor à família substituta não é o suficiente, pois, deve-se evitar o máximo a permanência do menor em situação irregular.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito, como ciência social, é um ramo em constantes mudanças, pois segue a sociedade em que rege, com isso, por vezes, acaba tendo que presidir a colisão entre institutos próprios, em busca do bem social.

O sistema jurídico pátrio, preza pelo livre e sadio desenvolvimento nas relações entre particulares como também pela proteção à criança e adolescente.

Em razão à criança e ao adolescente, a Constituição Federal determinou “prioridade absoluta” a estes, sendo assim, é constante as evoluções jurídicas nesse campo a fim de atender tal meta. Dentre essas evoluções, surgiram o conceito moderno de família, não mais vista em um campo biológico, mas agora também social. Diante de toda essa interpretação, não haveria por que excluir a figura do menor sob guarda judicial entregue a família substituta, que, diante da comunidade em que convive, é visto como membro daquela família, logo, deve se defender a equiparação desse menor a imagem de filho, abrangendo seu campo de direitos e obrigações.

Influenciados, negativamente, pela seguridade social, Seguradoras privadas vem estabelecendo uma certa distinção nessa visão moderna que envolva a família, discriminando assim a imagem do menor sob guarda judicial e gravando também a situação do segurado, obrigando a contribuir onerosamente mais para inserir aquele como dependente.

---

<sup>20</sup> “Art. 33. (...)”

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

Deve prevalecer o entendimento que a autonomia de vontade concedida às Seguradoras não podem atingir a figura do menor sob guarda judicial, uma vez que este, deve ser equiparado a filho, por uma questão de ordem pública, como bem disciplina a Constituição Federal em seu artigo 227, *caput*. Essa limitação contratual e equiparação do menor estaria em completa conformidade com o sistema jurídico interno e contribuindo para o respeito ao princípio constitucional da isonomia.

## 6. REFERENCIAS

DAHER, Marlusse Pestana. Família substituta. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1655>. Acesso em: 4 maio 2012.

GOMES, Fábio Luis. Princípio da proteção integral da criança e do adolescente e o princípio da transitoriedade dos abrigos. in. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. vol. 6. Ano 2.009. Disponível em: [www.revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br](http://www.revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br). Acesso em: 04 de maio de 2.012.

LIMA MARQUES, Cláudia. CACHAPUZ, Maria Cláudia. VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual – direito pós-moderno?. in. *Revista Igualdade*. ed. XXVI. ano 2.009. Disponível em: [www.mp.pr.gov.br](http://www.mp.pr.gov.br). Acesso em: 04 de maio de 2.012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, volume III, contratos. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2.009. p. 22.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. volume 3: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 28. ed. São Paulo: Saraiva. 2.002.

SANTOS, Brasilino Pereira dos. Menor sob guarda judicial é dependente previdenciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2786, 16 fev. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18505>. Acesso em: 6 maio 2012.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil* – volume único. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2.011. p. 490.

## 6.1 JURISPRUDENCIAS UTILIZADAS.

TJDF; Rec 2011.00.2.014080-1; Ac. 563.220; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Teófilo Caetano; DJDFTE 07/02/2012.

TJDF, INREO 1998.37.00.001311-0/MA, Rel.: Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Corte Especial, publicado no e-DJF1 de 21/09/2009;

TJMS; AC-Or 2010.036788-4/0000-00; Nova Andradina; Quarta Turma Cível; Rel. Des. Rêmoló Letteriello; DJEMS 22/02/2011;

TJMS; AC-Or 2011.001598-8/0000-00; Campo Grande; Quinta Turma Cível; Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; DJEMS 28/02/2011;

TJMS; AC 2012.001616-5/0000-00; Nova Andradina; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; DJEMS 20/03/2012.

**Recebido em:** 08/05/2012.

**Aceito em:** 01/07/2012.