

O DANO MORAL POR NEGATIVA DE HOME CARE NOS CONTRATOS DE SAÚDE: UMA ANÁLISE JURIMÉTRICA DO TJ/SP

Marcelo Bidoia dos Santosⁱ

RESUMO

A judicialização da saúde tem feito a justiça enfrentar variados pedidos de tratamentos e medicamentos pleiteados frente aos planos de saúde. Comumente, esses pedidos são acompanhados do pleito de indenização moral, e, nesse ponto, a experiência empírica demonstra grande divergência nos julgados acerca da concessão ou não dessas indenizações, dos fundamentos utilizados para conceder ou denegá-las e dos valores arbitrados, gerando insegurança jurídica. Nesse contexto, o presente trabalho buscou analisar o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) em relação à concessão de indenização por danos morais por negativa de tratamento domiciliar (home care) nos contratos de saúde desde a edição da Súmula n.º 90 do TJ/SP. Para tanto, utilizou-se da jurimetria como método de procedimento, pautada na estatística, tendo por técnica de pesquisa a análise de conteúdo dos acórdãos coletados, extraíndo deles os fundamentos jurídicos utilizados pelos desembargadores. Assim, foi possível quantificar o número percentual de pleitos de reparação de danos morais julgados procedentes e improcedentes, bem como sua distribuição por órgão julgador; determinar a medida representativa das condenações em valores monetários; identificar as principais teses jurídicas utilizadas como fundamento para procedência ou improcedência do pleito moral indenizatório. Concluiu-se, por indução, que a jurisprudência paulista vem se firmando no sentido de reconhecer que a negativa abusiva do tratamento home care pelos planos de saúde gera dano moral na modalidade *in re ipsa*, impondo uma condenação média de R\$ 12.742,75.

PALAVRAS-CHAVE: judicialização da saúde; tratamento domiciliar; jurimetria; pesquisa empírica; súmula 90 do TJSP.

ⁱ Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil, [ORCID](#).

THE MORAL DAMAGE BY HOME CARE NEGATIVE IN HEALTH CONTRACTS: A JURIMETRIC ANALYSIS OF THE TJ/SP

Marcelo Bidoia dos Santos

ABSTRACT

The judicialization of health has made the justice system face several requests for medical treatments and medicines pleaded before health insurance plans. Commonly, these requests are accompanied by the claim for moral damage indemnity, and, at this point, the empirical experience has demonstrated great divergence in the judgments about granting or not these indemnities, the grounds used to grant or deny them, and the arbitrated values, generating legal insecurity. In this context, the present study sought to analyze the position of the Court of Justice of São Paulo's State (TJ/SP) in relation to the award of indemnification for moral damages due to denial of home care services in health contracts since the edition of Summula No. 90 of TJ/SP. To do so, we used jurimetric method, based on statistics, using content analyze as research technique to analyze the judgments, extracting from them the legal foundations used by the judges. Thus, it was possible to quantify the percentage number of lawsuits for moral damages judged valid and unfounded, as well as their distribution by judicial body; to determine the representative measure of convictions in monetary values; and identify the main thesis used as grounds for granting or denying of the moral damage indemnization. It was concluded by induction that São Paulo's jurisprudence has established itself in the sense of recognizing that the abusive denial of home care treatment by health plans generates in re ipsa moral damage indemnization, imposing an average conviction of R\$ 12,742.75.

KEYWORDS: judicialization of health; home treatment; jurimetric; empirical research; summula no. 90 of TJSP.

1. INTRODUÇÃO

Muito se tem falado sobre judicialização da saúde no Brasil, em seus diversos aspectos e problemáticas correlatas: quer sobre um viés normativo, ético ou financeiro; seja do ponto de vista do consumidor, das operadoras de planos de saúde ou, ainda, da noção de justiça e do viés constitucional que deve permear a legislação pátria, por conta do movimento jurídico que prega a força normativa da constituição, promovendo a crescente constitucionalização dos ramos do Direito, do qual não foge à regra o Direito Civil, que encorpa o assunto ora debatido.

Pois bem, dentre os inúmeros assuntos abarcados pela insígnia da judicialização da saúde que desafiam os tribunais brasileiros, este trabalho se preocupou com um tema em particular, que vem crescendo em número de demandas no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP): a busca pelo tratamento domiciliar (também chamado de *home care*) a ser fornecido pelos planos de saúde, e sobre o que o tribunal chegou a editar súmula relativa ao tema (Súmula nº 90).

Acontece que, como sói ocorrer, a demanda que busca a concessão do referido tratamento (ou de indenização material correspondente) vem acompanhada do pleito indenizatório por danos morais decorrentes da negativa do tratamento *home care* por parte dos planos de saúde. Dessa maneira, o que este trabalho se propôs a fazer foi identificar, numericamente, através de uma análise jurimétrica, qual é o sentido da jurisprudência do TJ/SP no que diz respeito à concessão ou denegação desse pleito de reparação de danos morais.

Para tanto, o segundo capítulo tratou do conceito de *home care* e da ideia básica de dano moral em sua relação com a responsabilidade civil. O terceiro capítulo trouxe a metodologia da pesquisa, demonstrando cada passo realizado, do projeto à execução. Por fim, o quarto capítulo ocupou-se da análise gráfica e dos resultados encontrados, consolidando a conclusão ao final do trabalho.

2. DO HOME CARE E O DANO MORAL

Antes de se aprofundar no tratamento metodológico e nos resultados da pesquisa em si, é necessário tecer breves considerações a respeito do objeto tema deste trabalho.

O número de novas demandas envolvendo a judicialização da saúde, sobretudo em relação aos planos de saúde, e a diversidade em que se apresentam desafiam os magistrados da justiça brasileira. São diversos os procedimentos, exames e situações que, rotineiramente, dão causa a processos tendo os planos de saúde situados como réus. Na maioria das vezes, essas demandas existem por conta da negativa, por parte das operadoras de saúde, em fornecer determinado tratamento – negativas que ocorrem, geralmente, apoiadas em justificativas contratuais.

Nessa esteira, uma das demandas que se apresentava cada vez mais crescente no Tribunal paulista era o pleito pelo tratamento domiciliar, também conhecido como “*home care*”, a ser oferecido pelos planos de saúde. Comumente, nesses casos guerreados no Tribunal, a operadora de saúde recusava a prestação do serviço pautada na exclusão contratual do referido tratamento. O TJ/SP, por sua vez, vinha considerando tal cláusula como abusiva (e, por conseguinte, também a recusa tornava-se abusiva), por colocar o consumidor em desvantagem exagerada, já que restringiria obrigação fundamental inerente à própria natureza do contrato, *i.e.* a proteção da saúde do segurado (nos termos do art. 51, inciso IV e parágrafo 1º, inciso II do Código de Defesa do Consumidor).

Tantas foram as sucessivas ocorrências que, no ano de 2012, o Tribunal paulista entendeu por bem editar a Súmula n.º 90, com o seguinte teor: “Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de ‘home care’, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer” (São Paulo, 2012b).

É preciso deixar claro que o tratamento em domicílio não é constituído por qualquer terapia que possa ser realizada no conforto do lar, como os serviços realizados por cuidadores ou aqueles que possam ser desempenhado por familiares (São Paulo, 2013); mas é entendido como uma espécie de internação especial, em substituição à internação hospitalar, por conta dos benefícios à

saúde do paciente em sua proximidade com a família, e levando-se em conta os riscos de infecção hospitalar que o paciente debilitado pode vir a contrair no nosocômio, além de ser considerado menos oneroso aos planos de saúde (São Paulo, 2016a).

A edição de uma súmula por parte de um tribunal pacifica determinada questão nos moldes da jurisprudência dominante (consoante art. 926, § 1º do Código de Processo Civil), conferindo-lhe maior estabilidade e segurança jurídica (Rosas, 2011). Acontece que, no Brasil, é comum que os pleitos de indenização material sejam acompanhados de uma indenização extrapatrimonial, já que admitido por nosso ordenamento jurídico, conforme Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (Brasil, 1992), daí porque muitos juristas falarem na figura da “indústria do dano moral” (São Paulo, 2016b).

Nesse passo, partiu-se da hipótese de que a edição da súmula teria o condão de aumentar as demandas indenizatórias por negativa de *home care*. Isso porque, com a segurança concedida à demanda material, aumentar-se-ia, ao menos potencialmente, a possibilidade de concessão de indenização moral como decorrência da recusa ao *home care*.

Como se verá, é difícil afirmar com segurança — embora haja fortes indícios nesse sentido — que efetivamente houve aumento nesse tipo de demanda, já que nem todos os julgados do tribunal são disponibilizados no banco de jurisprudências online; ou que a edição da súmula tenha sido a causa desse eventual aumento. Entretanto, o maior objetivo aqui é identificar qual o posicionamento jurisprudencial do TJ/SP em relação à concessão do pleito de indenização moral como decorrência de negativa de *home care* por parte das operadoras de planos de saúde, tanto em relação aos números gerais, como em relação às principais teses firmadas.

O trabalho de identificação e classificação dos fundamentos jurídicos utilizados para conceder ou denegar a indenização moral dependeu do autor enquanto hermenêuta, já que os acórdãos são redigidos em estilo livre e fundamentados segundo o livre convencimento motivado (ou ainda, segundo a

persuasão racional) — princípio adotado tanto no Código de Processo Civil de 1973 quanto no atual, de 2015 (Oliveira Jr., 2018).¹ Dessarte, foi necessária a leitura integral dos acórdãos tabulados para a identificação da tese de danos morais invocada.

O dano moral é aquele fundamentado na lesão aos direitos de personalidade, na honra e na imagem, na angústia e no sofrimento humano causado pela conduta ilícita (Gonçalves, 2012). Em resumo, o dano extrapatrimonial se funda na ofensa aos atributos inerentes à própria dignidade humana (vale dizer, fundamento da República — art. 1º, III, CF/88). Nesse sentido:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que mostra gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-lo exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral. (Cahali, 2011, p. 20)

A moral possui um âmbito bem mais amplo que o Direito, mas influencia a legislação escrita conferindo-lhe validade. Daí porque só haverá responsabilidade jurídica quando a ofensa atingir a moral nos termos da proteção conferida pelo ordenamento jurídico (Stocco, 2011), como positivado no art. 5º, V e X da Constituição Federal (CF/88), no art. 186 c.c. art. 927 do Código Civil e no art. 6º, VI e

¹ Livre em relação ao modo de se expressar, respeitados os elementos essenciais dispostos no Art. 489, do Código de Processo Civil.

VII do Código de Defesa do Consumidor (CDC) — fontes que dialogam no sistema normativo. (Marques, 2004).

Constatada a lesão [jurídica] extrapatrimonial, surge o dever de compensar o ofendido pelo referido dano. Compensar, porque, diversamente do dano material, não é possível fazer um ressarcimento do dano causado. Quando se trata de dano anímico, a reparação se dá por uma compensação imposta através da obrigação, pelo ofensor, de pagar uma determinada quantia em dinheiro em favor do ofendido, proporcionando reparação satisfativa (Cahali, 2011).

Para que isso ocorra, segundo a doutrina clássica, é necessário constatar a presença dos típicos elementos que geram a responsabilidade civil: 1) a conduta culposa do agente; 2) o resultado danoso; 3) o nexo causal entre os dois primeiros elementos (Cavaliere Filho, 2012; Tartuce, 2011; Venosa, 2010). É preciso manter em mente as noções que envolvem os direitos relacionados à indenização extrapatrimonial e os elementos caracterizadores da responsabilidade civil que enseja a referida reparação, pois foi a partir desses elementos que se tornou possível a classificação conceitual das teses jurídicas utilizadas pelos desembargadores para negar ou conceder o pleito indenizatório moral.

3. A METODOLOGIA DA PESQUISA

A presente pesquisa se propôs a realizar um estudo empírico para determinar em qual sentido aponta a jurisprudência do TJ/SP em relação ao pleito de reparação de danos morais como decorrência da negativa de tratamento *home care* por parte das operadoras de planos de saúde. Para isso, utilizou-se como método de procedimento a jurimetria, pautada na estatística, tendo por técnica de pesquisa a análise de conteúdo dos processos estudados, buscando extrair dos acórdãos os fundamentos jurídicos vitoriosos utilizados pelos desembargadores.

A jurimetria consiste em metodologia que pretende revitalizar o viés do Direito desde o ponto de vista científico, já que a pesquisa jurídica hoje tem se pautado, basicamente, em revisões bibliográficas de outras obras (Lakatos &

Marconi, 2017a; Silva & Coelho, 2010). Sua qualidade consiste na inversão da noção tradicional de subsunção da norma ao caso concreto, pois:

A Jurimetria enfrenta as demandas judiciais e suas decisões a partir da massa de processos que se oferecem à análise do Poder Judiciário, isto é, em uma perspectiva do caso concreto ao normativo que inverte o movimento de compreensão porque se realiza de baixo para cima e no conjunto que apresenta à análise e não caso a caso, de forma atomizada e isolada, como se dá presentemente (Barbosa & Menezes, 2016, p. 288).

O uso da estatística permite trabalhar o conjunto de dados coletados de modo global, servindo como instrumento de descrição racional e como método de análise dos fenômenos sujeitos à prova empírica (Lakatos & Marconi, 2017a). Isso, porque o uso do termo jurisprudência tem sido utilizado na práxis sem o devido rigor. Não raro encontra-se referências a um ou dois precedentes que são tratados como se jurisprudência fossem (Taruffo, 2014).

A qualidade objetiva dos números desloca para o ramo da pesquisa jurídica o caráter quantitativo tão comum em outros ramos das ciências, possibilitando a identificação do comportamento do Tribunal como um todo, bem como de suas possíveis variações.

Dessa maneira faz-se possível visualizar mais precisamente para qual caminho o judiciário vem se inclinando, conferindo maior segurança jurídica aos casos ainda não pacificados, uma vez que torna o comportamento do judiciário mais previsível ao revelar o alcance da norma:

A jurimetria é uma nova disciplina jurídica, complementar às demais disciplinas tradicionais, que utiliza a metodologia estatística para entender o funcionamento da ordem jurídica, tornar seu comportamento previsível, avaliar seu impacto na vida em sociedade, informar partes, políticos, juízes, promotores e cidadãos a respeito de como a ordem jurídica funciona e,

assim, contribuir para que seu desempenho se aproxime dos objetivos desejados pela sociedade (Nunes, 2016, p. 97).

Determinado o uso da jurimetria como ferramenta de mensuração da jurisprudência paulista, foi preciso elencar técnica de pesquisa adequada aos objetivos propostos. Para isso, utilizou-se da pesquisa documental combinada com a análise de conteúdo para coletar, classificar e codificar os fundamentos jurídicos utilizados pelos desembargadores. Com o projeto pronto e estruturado, a pesquisa foi executada em quatro partes, sendo que as duas primeiras consistiam em projeto piloto.

3.1 A EXECUÇÃO DA PESQUISA

Na primeira parte da pesquisa foi realizada uma abordagem quantitativa dos julgados no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo envolvendo o pleito de reparação de danos morais em decorrência de eventual negativa de tratamento *home care* por parte dos planos de saúde.

Nesse primeiro momento o viés da pesquisa revestiu-se de caráter inteiramente exploratório e descritivo, visando a coleta de dados que interessavam aos objetivos propostos, e que pudessem ser apresentados objetivamente através de gráficos e tabelas. Também aqui, iniciou-se a classificação dos fundamentos jurídicos utilizados pelos desembargadores para conceder ou negar a indenização moral. Essa primeira parte, de caráter experimental, foi realizada com os 150 (cento e cinquenta) primeiros e os 150 (cento e cinquenta) últimos processos encontrados (considerando-se o período de tempo analisado).

A segunda parte da pesquisa, por outro lado, envolveu uma abordagem qualitativa, através das referências doutrinárias e jurisprudenciais utilizadas pelos desembargadores do TJ/SP, para determinar as teses e o posicionamento do tribunal como um todo em relação aos fundamentos de procedência e

improcedência para o pleito de reparação de danos morais em virtude da negativa das seguradoras de saúde ao tratamento *home care*.

Dessa feita, foi possível unificar os fundamentos jurídicos em grupos que pudessem ser encorpados sob a mesma tese jurídica. Isso, porque o modo de expressar tais fundamentos muitas vezes se confundem, dificultando o enquadramento de determinado fundamento em uma única categoria jurídica — regra básica para realizar o processo de categorização (Lakatos & Marconi, 2017b).

Agrupados os fundamentos sob categorias bem definidas, os próximos passos foram: primeiro, revisar todos os 300 (trezentos) processos já analisados, tabulando-os conforme as novas classificações. Segundo, dar continuidade à primeira etapa do projeto, executando a coleta de dados e tabulando-as conforme os critérios definidos até o esgotamento da amostra.

Por último, após a realização dos passos anteriores, os resultados obtidos foram graficizados. Com isso, foi possível inferir conclusões e determinar qual é o posicionamento jurisprudencial do TJ/SP para com o pedido de reparação de danos morais por negativa de tratamento *home care* por parte dos planos de saúde, valendo-se do método de abordagem indutivo para elaborar tal conclusão.²

3.2 OBJETIVOS DE PESQUISA

O objetivo geral da pesquisa era determinar qual a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em relação ao pleito de reparação de danos morais em virtude de negativa de tratamento *home care* por parte das operadoras de saúde, aferida a partir da edição da Súmula 90 do TJ/SP, em fevereiro de 2012.

Tratando-se de matéria em que se percebe ausência de pacificação na jurisprudência, a instaurar dúvida e insegurança jurídica, a pesquisa tentou

² Seguindo as regras de inferência propostas por EPSTEIN & KING, 2013.

determinar de modo objetivo para qual lado se encaminha o posicionamento majoritário do TJ/SP, já que as posições entre as câmaras são, por vezes, divergentes.³ Ademais, não raro os magistrados alegam que “é pacífico na jurisprudência desta câmara” ou “que é pacífico na jurisprudência deste tribunal” esse ou aquele entendimento, embora a alegada questão pacificada possa resultar em julgamentos distintos para casos semelhantes.⁴

Dessa maneira, a proposta da pesquisa tentou contribuir com subsídios que propiciassem a uniformização da jurisprudência do tribunal a respeito do tema, oferecendo fundamentos sólidos a respeito do posicionamento das câmaras e do TJ/SP como um todo. Com isso, espera-se ajudar na missão explicitamente fixada pela nova codificação processual civil, que determina, no art. 926, que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (Brasil, 2015). Nesse desiderato, como objetivos específicos buscou-se alcançar as seguintes metas:

- 1) Quantificar, a partir da amostra, o número percentual de pleitos de reparação de danos morais julgados procedentes e o número percentual de improcedentes;
- 2) Quantificar, dentre os percentuais procedentes e improcedentes, a sua distribuição por órgão julgador;
- 3) Determinar a medida representativa das condenações em valores monetários;
- 4) Determinar qual a principal tese utilizada como fundamento para procedência do pleito indenizatório;
- 5) Determinar qual a principal tese utilizada como fundamento para improcedência do pleito indenizatório;

³ Cf. Figura 3 - Distribuição do resultado do pleito por danos morais por órgão julgador.

⁴ Exemplificando, alguns julgados invocaram a ideia de que é pacífica a tese de que o mero inadimplemento contratual não gera dano moral, ao passo que outros julgados invocavam a pacificidade sobre a ocorrência desse dano na modalidade *in re ipsa* pela simples negativa do tratamento *home care*.

Por fim, também buscou-se verificar a presença de eventual crescimento pelas referidas demandas, desde a edição da Súmula 90 do TJ/SP.

3.3 A COLETA DE DADOS

A coleta de dados (acórdãos) para a realização da pesquisa se deu a partir do banco de jurisprudência online do Tribunal de Justiça de São Paulo, através da opção “Consulta Completa” (São Paulo, 2018a) já que possibilita o maior detalhamento dos resultados buscados, através da utilização de filtros de pesquisa.⁵

Naquela página, optou-se por realizar a busca a partir do campo “pesquisa livre”, utilizando-se dos seguintes comandos de busca e operadores booleanos: <“plano de saúde” E “home care” E “danos morais”>. Os termos pesquisados foram colocados entre aspas para dar exatidão à busca, *i.e.* para que aparecessem como um só termo, não se confundindo com palavras distantes de si que pudessem gerar outros significados. Além disso, o conector “E” foi utilizado entre cada termo para limitar a busca por acórdãos que contivessem, necessária e conjuntamente, as três expressões em seu corpo (São Paulo, 2018b).

Embora a opção pela “pesquisa livre” tenha resultado em processos que não correspondiam aos almejados — como, por exemplo, aqueles que não tratavam propriamente de um caso envolvendo a concessão de *home care*, ainda que a referida expressão aparecesse no corpo do acórdão, fosse no relatório ou em meio a alguma ementa colecionada a título de argumentação decisória; — seu alcance era maior do que a busca realizada apenas pelo ementário, como inclusive já testado (Reginato & Alves, 2014). Ademais, alguns elementos buscados não poderiam ser completamente preenchidos apenas pela leitura dos ementários, o que limitaria a precisão da pesquisa.

⁵ Embora a análise tenha sido feita em cima de acórdãos, alguns dados coletados dizem respeito ao processo como todo, motivo pelo qual as palavras processo e acórdão serão utilizadas como sinônimos para fins deste trabalho.

Para a filtragem de processos foram utilizados os seguintes elementos, dentre aqueles fornecidos pelo próprio site do tribunal: I) dentre as classes processuais, foi selecionada apenas a opção “apelação”, indicando que se buscava conhecer apenas dos resultados referentes ao julgamento daquele tipo de recurso; II) quanto ao “Órgão Julgador”, foram selecionados os seguintes grupos: Subseções de Direito Privado 1, 2 e 3 — que compõem a totalidade da seção de direito privado do TJ/SP (São Paulo, 2018c) — além das contidas em Órgão Especial. No total, os grupos resultaram em 419 (quatrocentos e dezenove) registros, vale dizer, 419 Câmaras julgadoras; III) no campo “Assunto”, foi selecionado o item “6233 – Planos de Saúde”; IV) no campo “Origem” foi marcada a opção “2º Grau”, não se contabilizando, portanto, as decisões dos colégios recursais; V) no campo “Tipo de Publicação”: apenas a opção “acórdãos”, excluindo-se daí as decisões monocráticas.

A busca resultou num total de 1509 (mil, quinhentos e nove) acórdãos. Todavia, o corte temporal inicial eleito por esta pesquisa foi o da data da publicação da Súmula 90 do TJ/SP — portanto, a partir do dia 14 de fevereiro de 2012 — com data final estipulada quando do início da coleta de dados, dia 1º de abril de 2018. Ao final, o período compreendido na pesquisa seria de pouco mais de 5 (cinco) anos, a contar da publicação da súmula.

Acontece que o sistema só permite buscas localizadas em períodos que compreendam no máximo um ano. Assim, as pesquisas foram feitas tendo por critério a “Data de Julgamento”, compreendidas entre as seguintes faixas de tempo: de 14/02/2012 a 01/04/2012; depois de 02/04/2012 a 01/04/2013; de 02/04/2013 a 01/04/2014; de 02/04/2014 a 01/04/2015; de 02/04/2015 a 01/04/2016; de 02/04/2016 a 01/04/2017; de 02/04/2017 a 01/04/2018.

O número total de acórdãos encontrados em todas as faixas foi de 1447 (mil, quatrocentos e quarenta e sete). Esse era o universo que se apresentava à análise proposta (N = 1447), tendo sido tomado em sua totalidade para fins de amostra (n = 1447). Isso porque as buscas de julgados em bases eletrônicas dos

Tribunais de Justiça apresentam dificuldades,⁶ embora haja um esforço crescente em seu melhoramento.⁷ Ademais, o próprio tribunal parece não disponibilizar todos os seus julgados de forma eletrônica, conferindo ainda mais dificuldade à aferição da representatividade da amostra.⁸

Encontrada a matéria prima, foi preciso tabular-la antes de proceder às análises e buscar os resultados. Para tanto, foi traçado um formulário que continha informações necessárias às respostas buscadas por essa pesquisa (Anexo A). Para que o processo pudesse ser tabulado — e assim objetivamente analisado e computado para os fins jurimétricos ora propostos — era preciso que estivesse apto a preencher todas as informações constantes do formulário (com exceção ao item “Valor da Condenação” nos processos cujo demanda por compensação de danos morais fora julgado improcedente).

Se o acórdão analisado preenchesse todos os itens do formulário ele era tabulado. Do contrário era descartado: ou porque o caso em questão não versava propriamente sobre negativa de *home care*, ou porque caía em alguma hipótese controlada (cujos critérios serão explicados a frente, no capítulo 3.4).

Para fins de consideração de *home care*, além dos pedidos genéricos do tratamento domiciliar nos moldes prescritos pelos médicos, foram incluídos também: casos que envolviam a complementação do tratamento *home care*, como por exemplo o fornecimento de certos alimentos ou medicamentos pleiteados a título de decorrência do próprio tratamento; casos de tratamento

⁶ Como por exemplo: dificuldade de acesso a um universo maior de decisões; ausência de publicação da totalidade das decisões; a necessidade de que os processos cheguem à segunda instância; as revistas oficialmente editadas não publicam todas as decisões; recursos limitados de pesquisa eletrônica entre outros (Veçoso, F. F. C. [et al.], 2014).

⁷ Desde 2010 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n. 121, visando a necessária divulgação dos atos processuais, pela qual os processos que não estiverem sob sigilo de justiça devem estar disponíveis para consulta de qualquer pessoa, mesmo sem cadastro prévio, por meio da Internet, com livre acesso ao número, classe e assunto do processo; nome das partes e seus advogados; movimentação processual; e inteiro teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos (v. Art. 1º e 2º) (BRASIL, 2010).

⁸ Pesquisa desenvolvida há 10 anos e apresentada no “Congresso 180 anos do ensino do direito no Brasil e a democratização do acesso à Justiça” indicava que o Tribunal de Justiça de São Paulo publicava apenas 5% dos seus julgados, sendo que o critério de publicação ficava a critério de cada desembargador, conforme demonstrado por Pereira [et al.] (em VEÇOSO, F. F. C. [et al.], 2014).

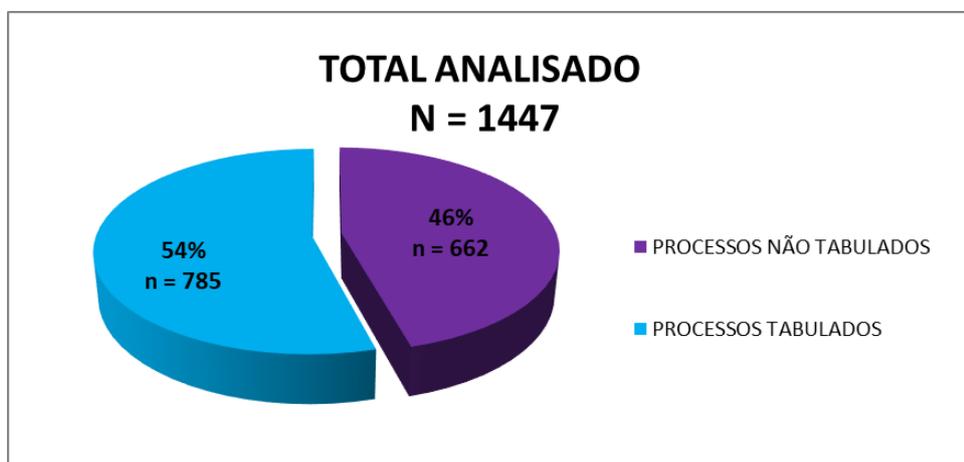
domiciliar decorrentes de procedimento pós-cirúrgico; casos de ressarcimento de despesas materiais pagas para a realização do tratamento domiciliar negado pela operadora; *home care* como suplemento ao tratamento quimioterápico; pleito de reestabelecimento de contratos cancelados abusivamente para manter o *home care*; ou ainda, casos pleiteando atendimento adequado do tratamento, por alegação de vício ou defeito do serviço prestado.

Não foram considerados casos cujo objeto principal era a manutenção de contrato de saúde visando as cláusulas que, entre outras, eventualmente deveriam abarcar o *home care*; assim como não se considerou casos em que o médico havia prescrito tratamento domiciliar, mas a lide visava a manutenção da internação hospitalar.

Em resumo, foram analisados os acórdãos cujo objeto principal envolvia a concessão pelo judiciário de tratamento domiciliar adequado. Delimitado o enquadramento do *home care*, foram filtradas apenas as demandas que tinham também por objeto o pleito por indenização moral, fundadas em suposta negativa abusiva pela operadora de saúde (causa de pedir próxima). Por sua vez, o pleito de reparação de danos morais deveria estar ligado diretamente a essa recusa, ainda que não buscado diretamente pela vítima do abuso, mas pelo espólio ou por algum ente familiar ou próximo que tenha se sentido lesado de forma reflexa.

Figura 1

Total de processos analisados e tabulados



Fonte: Elaborada pelo autor.

Ao final da coleta de dados, o número de processos tabulados foi de 785 (setecentos e oitenta e cinco), correspondente a 54% (cinquenta e quatro por cento) do total de acórdãos analisados ($N=1447 > n=785$). A amostra vem representada na Figura 1.

3.4 O CONTROLE DE VARIÁVEIS

Para controlar o resultado final da pesquisa, sem a interação de resultados que pudessem interferir na análise final, foi necessário realizar o controle de variáveis, para manter o padrão de acórdãos tabulados, de modo que todos pudessem preencher os requisitos do Formulário de Análise (Anexo A). Segundo Lakatos e Marconi (2017a): “Variável de controle (C) é o fator, fenômeno ou propriedade que o investigador neutraliza ou anula propositadamente em uma pesquisa, com a finalidade de impedir que interfira na análise da relação entre as variáveis independente e dependente” (p. 214). Assim, aplicou-se os controles abaixo.

Foram excluídos os recursos prejudicados, em que houve anulação do processo ou da sentença, bem como aqueles em que houve o reconhecimento da prescrição ou decadência, já que impossibilitavam o resultado final por parte do TJ/SP. Do mesmo modo, houve a exclusão de ações dúplices ou que tiveram julgamentos conjuntos, ou dos processos em que se reconheceu litispendência, e assim improvida a demanda.

Em sentido parecido, foram excluídos os casos em que não se conheceu do recurso como um todo ou do pleito de reparação de danos morais; assim como os casos em que o recorrente, tendo perdido em 1ª instância o pedido de reparação de danos morais, não recorreu quanto ao tópico (já que em vigor a regra *tantum devolutum quantum apelatum*), i.e. quando não houve inconformismo referente ao pleito por danos morais.

Também foram excluídos os julgados omissos (*citra petita*) quanto à indenização moral e os julgamentos sem fundamentação para sua concessão ou

denegação, restringindo-se o voto a simplesmente declarar que não houve dano moral ou que houve, nos termos fixados na sentença — mas ausentes, no acórdão, elementos da sentença de 1º grau da qual se pudesse extrair os fundamentos jurídicos ora aplicáveis.

Não se considerou ainda casos em que a indenização moral não estava relacionada com a *negativa* do tratamento *home care*, ainda que a concessão do serviço também tenha sido apreciada, como casos em que se discutia a ocorrência de erro médico.

Por fim, foram excluídos os casos em que não se pode verificar o valor dos danos morais, porque determinados em conjunto com os danos materiais, ou porque não foram mencionados no acórdão, embora ratificasse a condenação dada na sentença de 1º grau.

3.5 CRITÉRIOS DE TABULAÇÃO

Nesse capítulo, passa-se a explicar quais foram os critérios utilizados para o preenchimento do Formulário de Análise (Anexo A). No campo “Processo n.º”, cada processo foi marcado com sua numeração única, tal qual determinado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na Resolução n.º 65/2008 (Brasil, 2008). A finalidade era identificar e singularizar cada acórdão, evitando erros e possíveis duplicidades.

No campo “Órgão julgador” cada processo foi relacionado a uma das Câmaras pertencentes a alguma das Seções de Direito Privado do TJ/SP. A data do julgamento foi mantida como constava no acórdão.

O campo “Resultado do pleito por danos morais” comportava duas possibilidades: improcedente e procedente. Foi classificado como “Procedente” o acórdão que julgou procedente ou improcedente o recurso para, como resultado final, reformar ou manter decisão, *concedendo* a indenização por danos morais relativa ao pleito por *home care* contra o plano de saúde; *i.e.* procedente, aqui, diz respeito à concessão ou manutenção da indenização por danos morais subsequente à concessão do *home care*.

Foi classificado como “Improcedente” o acórdão que julgou procedente ou improcedente o recurso para, como resultado final, reformar ou manter decisão, *denegando* a indenização por danos morais relativa ao pleito por *home care* contra plano de saúde; *i.e.* improcedente, aqui, diz respeito à denegação ou manutenção da denegação da indenização moral subsequente à concessão ou não do *home care*.

Em caso de procedência, o “Valor da condenação” era preenchido na sequência. Esse campo diz respeito ao valor arbitrado no acórdão, sendo determinado ou determinável, em moeda nacional (reais — R\$) e preenchido com o número dado à época do julgamento, como indenização por danos morais relativa ao julgado que teve resultado procedente no pleito indenizatório imaterial. O valor tabulado foi o mesmo constante da condenação, não importando se havia mais de um autor vencedor (o que se viu em poucos casos). Por limitação de tempo, também não foi possível corrigir e atualizar os valores para os dias de hoje, sendo desconsiderada a inflação dos acórdãos mais antigos. Por fim, as condenações estipuladas em salários mínimos foram convertidas ao correspondente em reais à época do julgamento, consoante valores referentes ao salário mínimo no Estado de São Paulo daquele ano.⁹

Por último, foram classificadas e agrupadas as fundamentações jurídicas utilizadas para conceder ou denegar a referida indenização moral.

3.5.1 AS TESES PARA JULGAMENTO DO PLEITO POR REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS

⁹ Foram considerados os seguintes valores: R\$ 690,00 para o ano de 2012; R\$ 755,00 para o ano de 2013; R\$ 810,00 para o ano de 2014; R\$ 905,00 para o ano de 2015; R\$ 1.000,00 para o ano de 2016; e 1.076,20 para o ano de 2017. Foram registrados apenas 11 casos baseados em salários mínimos. Conforme tabela fornecida pelo governo de São Paulo: SÃO PAULO (Estado). Governo do Estado de São Paulo. *Piso salarial*. Recuperado em: 31 de Julho de 2018, de: <<http://www.emplo.sp.gov.br/pesquisa-e-servicos/piso-salarial-regional-de-sp/>>.

A categorização dos principais fundamentos jurídicos para a concessão ou denegação do pleito de reparação de danos morais foi realizada a partir da análise do conteúdo dos fundamentos de fato e de direito dos acórdãos.

Para os casos de fundamentação omissa ou obscura, aplicou-se os controles constantes do capítulo 3.4. Quando o acórdão não fundamentou de forma extensiva, limitando-se a citar outros julgados com desfechos iguais; ou, quando manteve a decisão em primeiro grau por seus próprios fundamentos, sem aprofundá-los ou revê-los; utilizou-se da fundamentação aludida ou reproduzida no acórdão para fins de classificação.

Em sentido similar, para os casos em que a fundamentação não estava clara no acórdão, mas se fez presente na ementa do julgado, utilizou-se do que constava na ementa para fins de classificação.

Por fim, se na apelação houve apenas a tentativa de majoração dos danos morais, indeferida a majoração, mas mantida a condenação, utilizou-se dos argumentos utilizados para sua concessão inicial para fins de classificação — desde que constantes no acórdão.

Uma vez identificados os principais fundamentos de procedência e improcedência para o pedido de reparação de danos morais, foram agrupados sob quatro teses para o resultado final de improcedência e três teses para o de procedência. Esse procedimento foi necessário para dar uniformidade e segurança à análise proposta. Isso, porque, embora a fundamentação normativa gravitasse em torno do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal, o reconhecimento da ocorrência do dano moral indenizável variava conforme a interpretação de cada turma sobre os fatos e sobre as teses de dano moral.

Por fim, não houve distinção quanto às funções do dano moral, em termos de ressarcimento ou punição, uma vez que a grande maioria dos julgados invocava a função dúplice dos danos morais, a reparatória e a punitivo-pedagógica como meio de se evitar futuros ilícitos, além de outros tantos julgados se silenciarem quanto à questão.

3.5.1.1 TESES DE IMPROCEDÊNCIA

As teses de improcedência foram divididas a partir do agrupamento dos seguintes fundamentos:

Exercício regular de direito (Tese I). Aqui, os fundamentos giravam em torno da ausência de conduta abusiva, divididos em quatro fundamentos:

- 1) Tratamento adequado — quando não restou comprovado tratamento domiciliar ineficiente, inadequado ou falho;
- 2) Desnecessidade de *home care* — quando não houve comprovação médica de que a referida modalidade terapêutica era necessária;
- 3) Ausência de abusividade — quando não houve negativa do custeio e casos em que se considerou ter o plano de saúde agido no exercício legal de seu direito, sem incorrer em abusos;
- 4) Abrangência limitada do *home care* — casos em que se considerou não haver abusividade pelo plano em negar a abrangência do tratamento a itens sem relação com o tratamento, ou ainda, itens de uso exclusivamente pessoal, como os de higiene.

Ausência de lesão à personalidade (Tese II). Aqui, os fundamentos apontavam para a ausência do dano, assim divididos:

- 1) Mero aborrecimento — considerado que o desassossego ou aborrecimento cotidiano deve ser suportado pelo homem médio, ou que o mero contratempo não gera dano moral;
- 2) Ausência de Lesão à Personalidade — aqui, foram considerados os argumentos de que não se vislumbrou lesão à honra, aos direitos de personalidade ou situação vexatória.

Mero descumprimento contratual (Tese III). Também aqui, os fundamentos dizem respeito à ausência de conduta abusiva ou de dano extrapatrimonial, repartidos em dois fundamentos:

- 1) Inadimplemento contratual não gera dano moral automático — entendimento pelo qual o mero descumprimento do contrato ou o reconhecimento de cláusula abusiva não gera dano moral indenizável;

- 2) Divergência de interpretação contratual — fundada na alegação das operadoras de que seus contratos excluía expressamente o tratamento *home care*; nesses casos entendeu-se que era lícito à operadora interpretar o contrato mais favoravelmente a si, ou ainda que a cláusula, até aquele momento, presumia-se mutuamente aceita até interpretação diversa pelo Judiciário, entre outros casos em que se considerou que a divergência de interpretação do contrato não gera dano moral.

Ausência de agravamento do quadro clínico (Tese IV). Aqui, a argumentação se deu em torno da inoccorrência do dano físico-material ao paciente, e, por consequência, do dano moral indenizável:

- 1) Ausência de agravamento — foram considerados os casos em que, apesar de negado o tratamento domiciliar, não houve comprovação de danos à saúde, situação de emergência ou gravame à saúde;
- 2) Cumprimento provisório — fundamentos para decretar a improcedência do dano moral baseado no cumprimento judicial provisório concedido por antecipação de tutela, que obstaría a ocorrência do dano extrapatrimonial.

3.5.1.2 TESES DE PROCEDÊNCIA

As teses de procedência, por sua vez, foram formadas pelo conjunto dos seguintes fundamentos:

Recusa abusiva (Tese V). Para essa tese, foram consideradas as decisões de procedência do pleito de reparação de dano moral fundamentadas na ideia de que a recusa ao tratamento *home care* acarreta o dano extrapatrimonial, quer pelas circunstâncias do fato, quer na modalidade *in re ipsa*, ou, ainda, porque a recusa afrontou determinação judicial:

- 1) Recusa abusiva — assim considerados os casos em que a recusa foi tida como injusta, indevida, injustificada e, por consequência, abusiva, gerando dano moral – inclusive por infração à súmula ou

entendimento pacificado no TJ/SP. Nesse sentido, as fundamentações partiam do princípio de que a recusa era a própria causadora da lesão, incluídos os casos em que houve a invocação explícita do dano moral *in re ipsa*, cuja espécie dispensa prova, sendo presumido;

- 2) Recusa de tratamento determinado judicialmente — considerados os casos em que houve descumprimento de decisão judicial ou mesmo a demora no cumprimento de tutela provisória.

Lesão à personalidade (Tese VI). Aqui, a fundamentação girou em torno da ofensa aos direitos de personalidade, englobando considerações relativas à presença de situação constrangedora e/ou de ofensa à honra, à dignidade humana e à integridade física e moral, bem como de dor psíquica, angústia e abalo emocional:

- 1) Angústia psicológica — foram considerados os relatos de aflição, angústia e abalo emocional; a ocorrência de um agravamento do quadro psicológico em momento de dor; a ocorrência de situação traumática e desgastante;
- 2) Lesão à personalidade — assim classificados os acórdãos que faziam menção explícita à ocorrência de situação constrangedora e à ofensa aos direitos de personalidade, à integridade física e moral, à dignidade humana, à honra e à imagem, bem como à sensação de descaso e desrespeito sofrida pelos lesados.

Serviço defeituoso (Tese VII). Essa tese baseou-se nas fundamentações apoiadas no Código de Defesa do Consumidor e na ideia de um serviço falho, viciado ou defeituoso, lesivo à integridade física ou moral por falta de segurança no serviço prestado, ainda que a ausência de segurança tenha sido decorrência da mera quebra de expectativa do consumidor:

- 1) Serviço defeituoso — assim consideradas as fundamentações de que a recusa ao tratamento domiciliar tenha piorado o quadro clínico do paciente, ou exposto sua vida a risco, por tratamento inadequado, precário ou viciado, violando o direito à saúde e à vida;

- 2) Ausência de segurança — casos em que a lesão moral se baseou na falta de boa-fé objetiva com a pessoa que contratou o seguro saúde, por quebra de expectativa; frustração da confiança e falta de lealdade para com o consumidor; e casos em que a insegurança contratual foi considerada defeito de consumo.

Como se percebe, são inúmeros os fundamentos utilizados para embasar a procedência ou improcedência dos pedidos. É nesse sentido que os agrupamentos apresentam maior vantagem à identificação da jurisprudência do TJ/SP, pois a aglutinação confere maior homogeneidade e segurança à análise, dando solidez às teses formadas por argumentos que se aproximam entre si. Isso, porque a subcategorização deveria ser interpretada de forma restritiva, uma vez que o nível de argumentação tende a ultrapassar apenas uma categoria, tornando difícil a precisão dos termos e a distinção dos argumentos invocados, dada a sua heterogeneidade diante da livre convicção dos julgadores e da falta de parâmetros bem estabelecidos para a determinação de ocorrência dos danos morais.

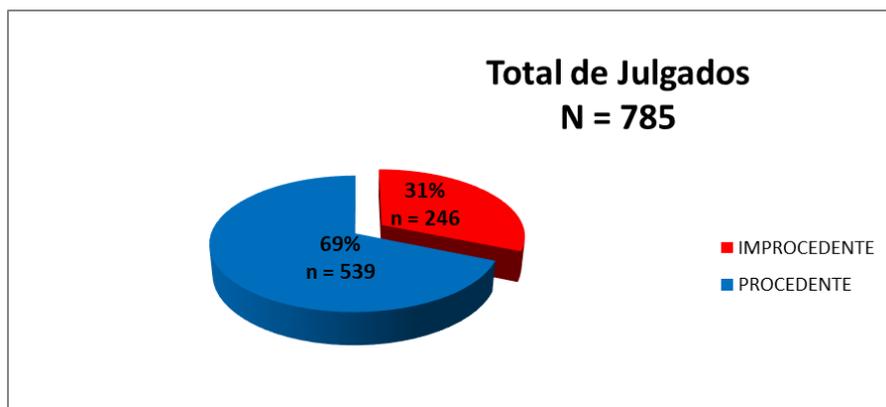
Desse modo, a análise jurimétrica proposta ficará centrada na apreciação das teses acima expostas, conforme se passa a expor.

4. ANÁLISES E RESULTADOS

Para fins de responder o objetivo específico número “1)”, quantificou-se, a partir do total de processos tabulados, o número percentual de pleitos de reparação de danos morais julgados procedentes e o número percentual de improcedentes.

Figura 2

Contagem do resultado do pleito de reparação de danos morais nos processos tabulados



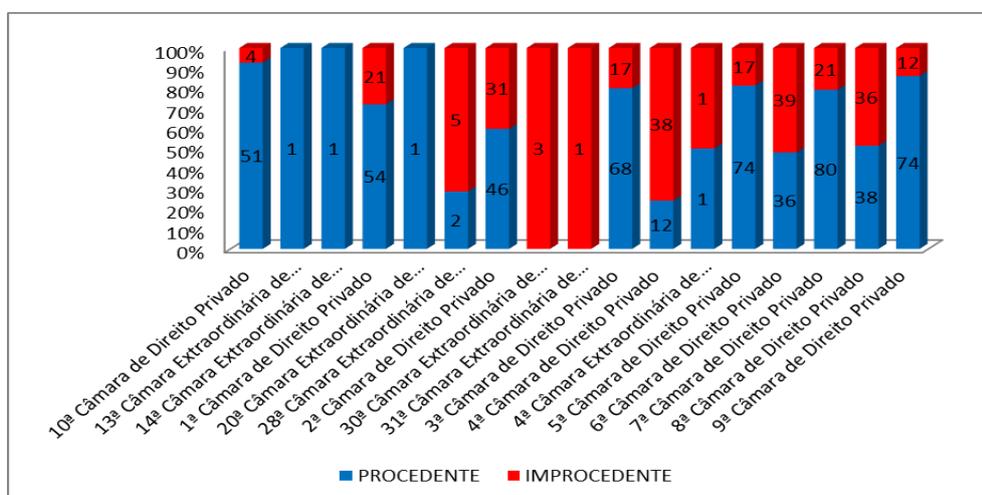
Fonte: Elaborada pelo autor.

O resultado demonstra que mais de dois terços dos processos tabulados, aproximadamente 69% (sessenta e nove por cento) foram julgados procedentes pelo TJ/SP, enquanto 31% (trinta e um por cento) teve resultado final improcedente (Figura 2).

Em relação ao objetivo específico “2)”, foi realizada a quantificação e a graficização dos percentuais de resultados procedentes e improcedentes distribuídos por Órgão Julgador, dos quais constaram os seguintes: 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª e 10ª Câmara de Direito Privado e 4ª, 13ª, 14ª, 20ª, 28ª, 30ª e 31ª Câmara Extraordinária de Direito Privado.

Figura 3

Distribuição do resultado do pleito de reparação de danos morais por órgão julgador



Fonte: Elaborada pelo autor.

Com exceção de Câmaras com poucos julgamentos (como a 13ª, 14ª, 30ª e 31ª Câmaras Extraordinárias de Direito Privado) em que os resultados chegam a 100% (cem por cento) — mas são pouco representativos pelo baixo número de julgados — no geral percebe-se uma variação de posicionamento entre as câmaras, com alguns extremos: a 10ª Câmara de Direito Privado, por exemplo, teve mais de 90% (noventa por cento) de procedência do pedido indenizatório (51 acórdãos procedentes de 55 analisados), ao passo que a 4ª Câmara de Direito Privado teve pouco mais de 20% (vinte por cento) de procedência (12 acórdãos de 50 analisados).

Percebe-se, ademais, que há progressão ascendente, ao longo dos anos, em relação ao número de casos referentes a indenização moral por negativa de *home care* e também à própria concessão dessa indenização nesses casos. Situação excepcional em relação ao ano de 2018, cuja análise se estendeu somente até o mês de abril (dia 01/04/2018) — e talvez por isso não tenha se igualado ou superado a média dos outros anos.

Tabela 1

Progressão em casos e procedência do pedido indenizatório por danos morais em decorrência de negativa de *home care* por planos de saúde ao longo do período analisado

Ano	Casos	Procedência	%
2012	58	26	0,45
2013	64	34	0,53
2014	82	57	0,7
2015	120	83	0,69
2016	188	142	0,76
2017	208	155	0,75
2018*	65	42	0,65

Nota: Em 2018 a análise só se realizou até o mês de abril (dia 01/04/2018).

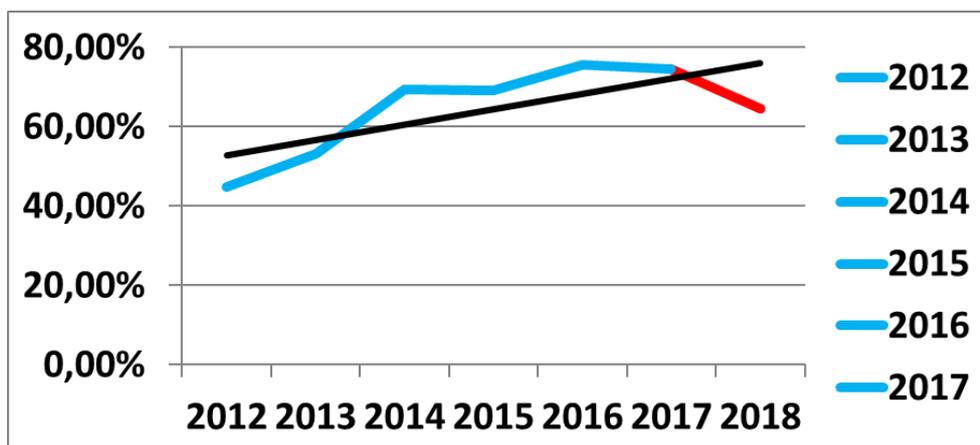
Fonte: Elaborada pelo autor.

Outro modo de ver a situação acima se encontra na Figura 4. A linha azul demonstra o percentual de procedência dos pedidos indenizatórios ao longo do período analisado (cada curva no gráfico representa um novo ano). A linha vermelha representa o período de janeiro a primeiro de abril de 2018. A linear (em preto) representa a tendência do gráfico.

Significa dizer, observando-se a linear, que a posição do tribunal tem progredido rumo aos 100% (já que caminhou de 44,83% em 2012 para 74,52% em 2017 — desconsiderado o período de 2018, parcialmente analisado). Outrossim, é possível constatar uma tendência à consolidação do entendimento do Tribunal como um todo em relação a esse tipo de indenização.

Figura 4

Progressão em casos e procedência do pedido indenizatório por danos morais em decorrência de negativa de home care por planos de saúde ao longo do período analisado.

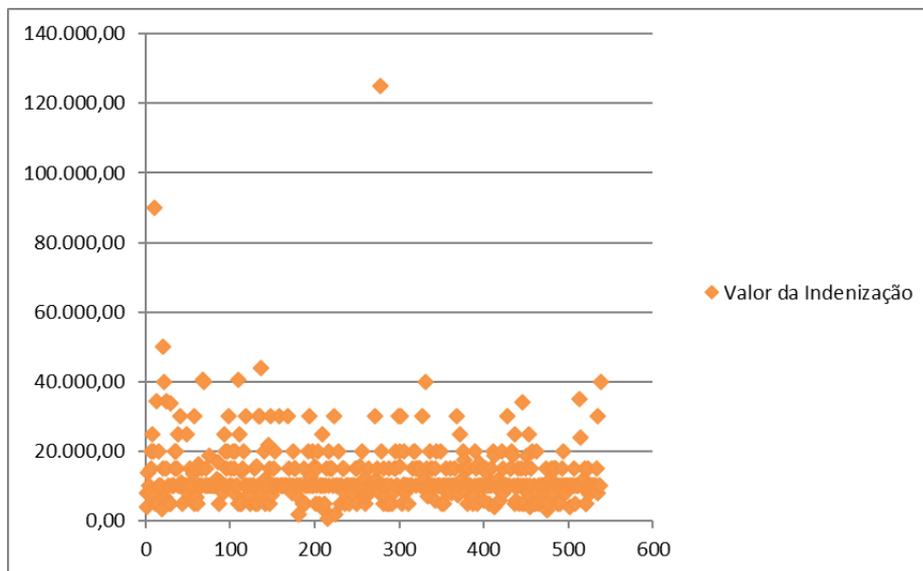


Nota: A linear (em preto) representa a tendência do pensamento do tribunal, expresso em concessões dos pedidos indenizatórios.

Fonte: Elaborada pelo autor.

Figura 5

Gráfico de dispersão dos valores monetários arbitrados a título de indenização moral no total de processos com pleito de reparação de danos morais procedentes

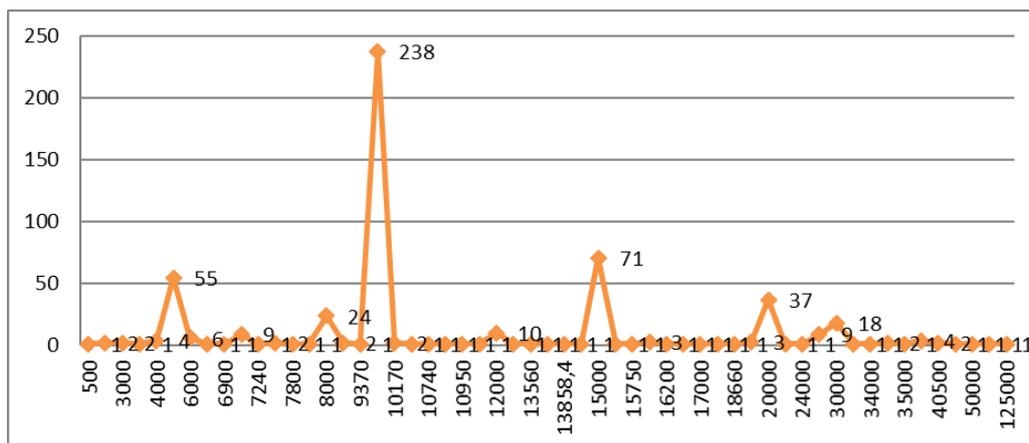


Fonte: Elaborada pelo autor.

Em relação ao valor das indenizações, percebe-se, pela Figura 5, que a grande maioria dos valores se concentra na faixa de até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com algumas outras tantas até R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) e poucas exceções além disso — como um caso isolado acima dos R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais). A Figura 6 também é representativa para a análise dos valores — sobretudo quanto à frequência dos valores (moda).

Figura 6

Linha com marcadores de frequência dos valores monetários arbitrados por indenização moral no total de processos com pleito de reparação de danos morais procedentes



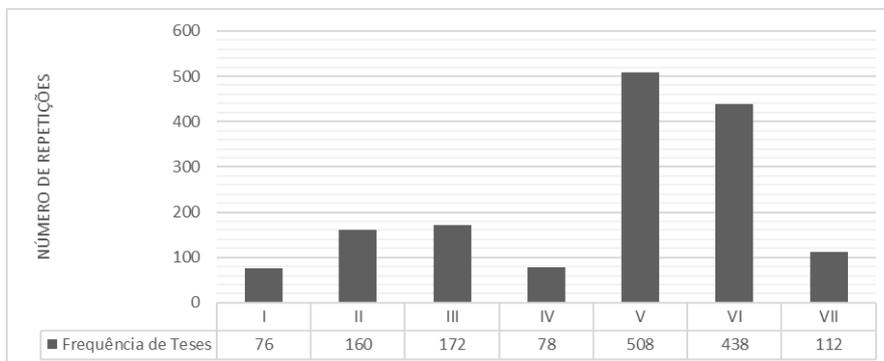
Fonte: Elaborada pelo autor.

Para ser mais representativo, utilizou-se as medidas de representação matemáticas: metade dos casos possuem condenação em até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor correspondente à mediana. Aliás, R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é o valor que mais se repete nos julgados (238 vezes) — e corresponde à moda. Mas o valor médio (média aritmética) das condenações é de R\$ 12.742,75 (doze mil, setecentos e quarenta e dois reais e setenta e cinco centavos). Por conta de condenações muito acima da média, o desvio padrão é de R\$ 9.120,38 (nove mil, cento e vinte reais e trinta e oito centavos).

Em relação às teses, a análise foi dividida em duas partes. Primeiro, apurou-se a frequência das teses isoladamente, considerando-se o número de vezes que cada tese apareceu em um julgado como fundamento para decisão, independentemente se foi utilizada como único fundamento ou não (Figura 7). Entretanto, as teses de dano moral na grande maioria das vezes aparecem combinadas para fundamentar a decisão final. Por isso foi feito outro gráfico, demonstrando a frequência das teses combinadas ou isoladas utilizadas para fundamentar a procedência ou improcedência do pleito de reparação de danos morais, considerando-se todas as ocorrências registradas na pesquisa (Figura 8). Os resultados seguem abaixo.

Figura 7

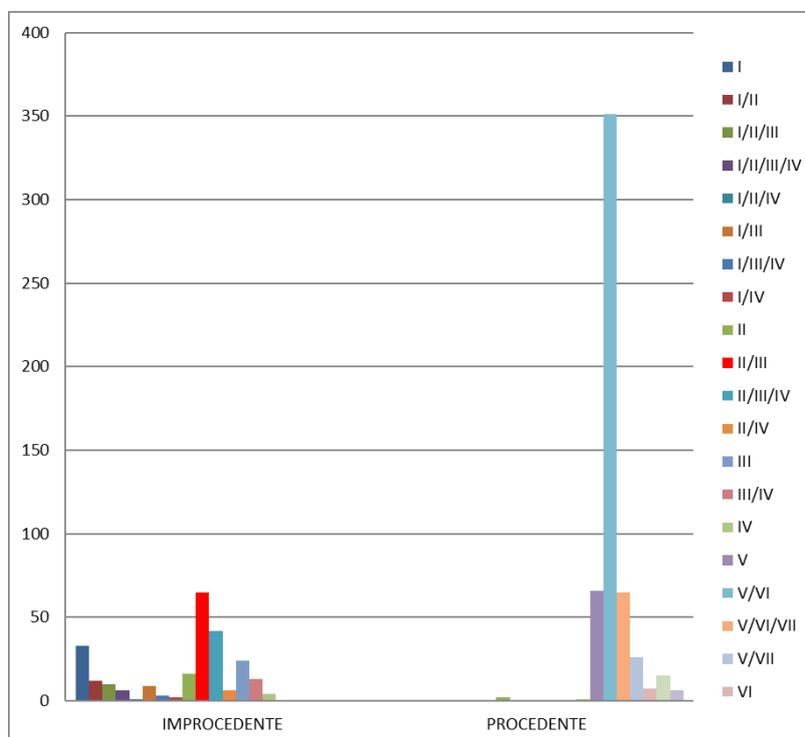
Frequência das teses isoladamente, considerando-se o número de vezes que cada tese apareceu em um julgado como fundamento para decisão.



Fonte: Elaborada pelo autor.

Figura 8

Frequência das teses combinadas e isoladas para fundamentar a procedência ou improcedência do pleito de reparação de danos morais, considerando-se todas as ocorrências registradas na pesquisa



Fonte: Elaborada pelo autor.

É importante ressaltar que os referidos gráficos devem ser interpretados de modo restritivo. Isto é, considerar que esses fundamentos, como classificados na pesquisa, aparecem, *pelo menos*, na quantidade tabulada, já que a interpretação da fundamentação dá margem a ambiguidades, além de ser passível de erros humanos.

Considerando-se, porém, que a cientificidade de um conteúdo é caracterizada pela probabilidade de aproximação da realidade, já que o conhecimento científico “Constitui-se em conhecimento falível, em virtude de não ser definitivo, absoluto ou final” (Lakatos & Marconi, 2017a, p. 6-7). Pela interpretação do gráfico acima é possível perceber que, dentre as teses de improcedência, reina o entendimento conjugado das Teses II e III (ausência de lesão à personalidade e mero descumprimento contratual, respectivamente) e, dentre as de procedência, a conjunção das Teses V e VI (recusa abusiva e lesão à personalidade, respectivamente) é disparada a mais recorrente fundamentação utilizada.

Portanto, a partir desse quadro, pode-se concluir que, para a maioria do tribunal paulista, a recusa abusiva ao tratamento *home care* por parte do plano de saúde tem o condão de lesar a personalidade do cidadão, gerando dano moral indenizável na modalidade *in re ipsa* (pensamento que acompanha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça). Para uma corrente minoritária do TJ/SP, entretanto, o mero descumprimento do contrato — embora possa gerar danos materiais indenizáveis — por si só, não fere os direitos de personalidade, pelo que não haveria dano moral indenizável.

5. CONCLUSÕES

A análise jurimétrica, tal qual aplicada, objetiva apresentar a realidade dos tribunais a partir de sua atuação, identificando os caminhos da formação jurisprudencial e melhorando a segurança jurídica quanto a temas controversos, como é o caso do dano moral. Desta pesquisa, fruto de trabalho individual desenvolvido durante pouco mais de um ano, entre abril de 2018 e meados de

2019, foi possível inferir algumas conclusões com boa margem de segurança a respeito do tratamento relegado ao tema do dano moral por negativa de *home care* por parte das operadoras de saúde na Justiça de São Paulo.

De modo geral, pode-se afirmar que a jurisprudência do TJ/SP vem progressivamente se firmando, ao longo dos últimos anos (entre 2012 e 2018), no sentido de reconhecer que a negativa abusiva do tratamento *home care* pelos planos de saúde tem o condão de gerar dano moral na modalidade *in re ipsa*, impondo uma condenação média de R\$ 12.742,75 (doze mil, setecentos e quarenta e dois reais e setenta e cinco centavos), embora tenha como resultado mais frequente a condenação no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) – posição que se coaduna com o entendimento do STJ, regularmente citado nas decisões do tribunal bandeirante.

Foi possível perceber também um aumento progressivo, no tempo, do número absoluto de processos que versam sobre o assunto. A média dos processos que terminam com a condenação dos planos em indenizar o abalo moral é de aproximadamente 69% (sessenta e nove por cento) – em sua maioria pela fundamentação supracitada, de que se a recusa ao tratamento domiciliar é abusiva o dano moral aparece como decorrência.

Quanto aos processos com resultados improcedentes, percebe-se uma maior variedade de teses ou combinação de teses para negar a indenização moral pleiteada, embora haja uma tendência à consolidação de um posicionamento minoritário no tribunal paulista em torno da tese que advoga pelo entendimento de que o mero inadimplemento contratual não lesa, automaticamente, os direitos de personalidade, inexistindo daí dano moral a ser indenizado.

Desnecessário seria dizer que cada caso é único e deve ser analisado com respeito às suas particularidades e ao devido processo legal. Da parte que cabia a este trabalho, contudo, o que se tentou foi uma análise que ajudasse a consolidar, em números, uma dada situação jurídica do TJ/SP, facilitando a tarefa de identificar e aplicar a jurisprudência estadual relacionada ao tema.

REFERÊNCIAS

Barbosa, C. M., & Menezes, D. F. N. (2016). Jurimetria e Gerenciamento Cartorial. *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*, 2 (1), p.280-295.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. (2008). *Resolução n.º 65*. Dispõe sobre a uniformização do número dos processos nos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. Recuperado em 05 de Agosto de 2018, de: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2748>

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. (2010). *Resolução n.º 121*. Dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores, expedição de certidões judiciais e dá outras providências. Recuperado em 05 de Agosto de 2018, de: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2585>

Brasil. Presidência da República. (2015). *Lei n.º 13.105, de 16 de Março de 2015*. Código de Processo Civil. Recuperado em 05 de Agosto de 2018, de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. (1992). *Súmula n.º 37*. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Recuperado em: 05 de Agosto de 2018, de: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/>

Cahali, Y. S. (2011). *Dano moral*. (4ª ed). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Cavaliere Filho, S. (2012). *Programa de Responsabilidade Civil*. (10ª ed). São Paulo: Atlas.

Epstein, L., & King, G. (2013). *Pesquisa Empírica em Direito: as regras de inferência* [Livro Eletrônico]. (Vários trad). São Paulo: Direito GV.

Gonçalves, C. R. (2012). *Direito Civil Brasileiro, Volume 4: responsabilidade*. (7ª ed). São Paulo: Saraiva.

Lakatos, E. M., & Marconi, M. A. (2017a). *Metodologia Científica*. (7ª ed). São Paulo: Atlas.

Lakatos, E. M., & Marconi, M. A. (2017b). *Técnicas de Pesquisa*. (8ª ed). São Paulo: Atlas.

Marques, C. L. (2004). Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, 7, p. 15-54.

Nunes, M. G. (2016). *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Oliveira Jr., Z. D. (2018). Comentário ao Art. 371 do CPC/2015. In.: F. F. Gajardoni, L. Dellore, A. V. Roque, & Z. D. Oliveira Jr. (Orgs.). *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: comentários ao CPC de 2015, Vol. 2* (2ª ed; p.251-258). Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.

Reginato, A. A., & Alves, R. C. J. (2014). O ementário jurisprudencial como fonte de pesquisa: uma análise crítica a partir dos dados obtidos no estudo “A prática judicial do *habeas corpus* em Sergipe (1996-2000). *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 1 (1), p. 140-153.

<https://doi.org/10.19092/reed.v1i1.11>

Rosas, R. (2011). Segurança Jurídica. Efetividade. Jurisprudência. *Revista de Informação Legislativa*, 48 (190), p. 215-220.

São Paulo (Estado). Governo do Estado de São Paulo. (2018). *Piso salarial*. Recuperado em 31 de Julho de 2018, de:
<http://www.emprego.sp.gov.br/pesquisa-e-servicos/piso-salarial-regional-de-sp/>

São Paulo (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (2012a). Acórdão. *Apelação 9152730-28.2009.8.26.0000*. 1ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Rui Cascaldi. Recuperado em 23 de Abril de 2018, de:
<http://esaj.tjsp.jus.br/>

São Paulo (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (2012b) *Súmula n.º 90*. Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de “home care”, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer. Recuperado em 30 de Julho de 2018, de
<http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>

São Paulo (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (2013). Acórdão. *Apelação 0005939-69.2010.8.26.0564*. 6ª Câmara de Direito Privado. Rel.: Francisco Loureiro. Recuperado em 24 de Maio de 2018, de:
<http://esaj.tjsp.jus.br/>

São Paulo (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (2016a). Acórdão. *Apelação 1013608-54.2014.8.26.0100*. 7ª Câmara de Direito Privado. Rel.: José Rubens Queiroz Gomes. Recuperado em 13 de Junho de 2018, de: <http://esaj.tjsp.jus.br/>

São Paulo (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (2016b). Acórdão. *Apelação 1024801-61.2017.8.26.0100*. 2ª Câmara de Direito Privado.

Rel.: Álvaro Passos. São Paulo. Des. divergente: L. B. Giffoni Ferreira.
Declaração de Voto n.º 19380. Recuperado em 11 de Agosto de 2018, de:
<http://esaj.tjsp.jus.br/>

São Paulo (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (2018a). *Consulta completa de jurisprudência*. Recuperado em 30 de Julho de 2018, de
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>

São Paulo (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (2018b).
Operadores Lógicos. Recuperado em 05 de Agosto de 2018, de
https://esaj.tjsp.jus.br/WebHelp/#id_operadores_logicos.htm

São Paulo (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (2018c). *Seção de Direito Privado*. Recuperado em 05 de Agosto de 2018, de
<http://www.tjsp.jus.br/SecaoDireitoPrivado>

Silva, A. S., & Coelho, N. M. M. S. (2010). *o ensino do direito no nosso tempo: história, diagnósticos e exigências éticas para uma educação jurídica de qualidade no Brasil*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito.

Stocco, R. (2011). *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. (8ª ed.). São Paulo: Editora revista dos Tribunais.

Tartuce, F. (2011). *Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. (6ª ed). Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método.

Taruffo, M. (2014). Precedente e giurisprudenza. *Civillistica.com.*, 3 (2), p. 1-16.

Veçoso, F. F. C. [et al]. (2014). A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no supremo tribunal

federal e no superior tribunal de justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 7 (1), p. 105-139. <https://doi.org/10.19092/reed.v7i1.10>

Venosa, S. S. (2010). *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. (10ª ed). São Paulo: Atlas.

ANEXO A – FORMULÁRIO DE ANÁLISE

Processo n.º:	
Órgão Julgador:	
Data do Julgamento:	
Resultado do Pleito por Danos Morais:	
Valor da Condenação:	
Fundamentação:	
Número do Fundamento:	

Marcelo Bidoia dos Santos: Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo com período sanduíche na Università degli Studi di Trento (Itália). Professor de Direito Civil no programa Parceladas da Universidade do Estado do Mato Grosso e professor de Teoria Geral do Processo na Faculdade Anhanguera. Advogado militante.

Data de submissão: 26/09/2019.

Data de aprovação: 26/08/2020.