

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

ADRIANA SILVA MAILLART

LUCIANA DE ABOIM MACHADO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

SUSANA ISABEL DA CUNHA SARDINHA MONTEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

F723

Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Luciana de Aboim Machado; Sérgio Henriques Zandona Freitas; Susana Isabel da Cunha Sardinha Monteiro – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-905-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) de Artigos denominado “FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I” do VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI (VII EVC), com a temática “A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, com patrocínio da Faculdade de Direito de Franca e da Universidade UNIGRANRIO - Afya, e apoio do Portugalense Institute For Legal Research - IJP e da Facultad de Derecho da Universidad de la República Uruguay, em evento realizado entre os dias 24 e 28 de junho de 2024, de forma telepresencial, com a utilização da Plataforma Conferência Web RNP.

Assim, o Grupo de Trabalho recebeu 25 artigos que abordam diferentes aspectos relacionados às formas consensuais de solução de conflitos, devendo ser ressaltado que todos os trabalhos direta ou indiretamente trataram da qualidade da prestação da justiça oferecida por meio dos métodos adequados de resolução de conflitos. A apresentação dos trabalhos foi dividida em quatro blocos, não havendo especificidades temáticas em cada um deles.

Destaca-se os títulos dos textos apresentados: A arbitragem enquanto meio extrajudicial de resolução de litígios que envolvem a administração pública: uma comparação entre os panoramas brasileiro e português; A atuação do mediador na efetiva resolução de conflitos no atual ordenamento jurídico brasileiro; A consensualidade como um caminho para a resolução de irregularidades na administração pública e a celebração de termos de ajustamento de gestão; A desjudicialização da execução civil e o acesso à justiça; A mediação como forma de solução de conflitos societários no âmbito do mercado de capitais; A mediação e a conciliação no direito processual constitucional: uma necessária releitura de acesso à justiça à partir da estrutura cultural do ordenamento jurídico e do estado democrático de direito; A mediação organizacional como mecanismo de redução do passivo trabalhista e das doenças ocupacionais; A teoria warataiana da mediação e a possibilidade de sua aplicação na resolução de conflitos urbanos através da atuação da administração pública municipal; Acesso à educação e círculos de construção de paz para crianças e adolescentes imigrantes de Santa Catarina: uma análise legislativa; Análise entre a justiça restaurativa e a justiça retributiva: o acesso à justiça como instrumento assegurador dos direitos da personalidade das vítimas de violência doméstica; Aplicação dos princípios da Lei de recuperação de empresas e falência (LREF) e o papel da mediação na recuperação judicial de empresas no

Brasil; As diretrizes curriculares nacionais instituídas pela resolução nº 05/2018 e a construção de uma educação jurídica multiportas; Câmara nacional de resolução de disputas – instrumento de gestão de conflitos em matéria desportiva; Conciliação como instrumento de garantia dos direitos da personalidade diante do descumprimento de contratos de prestação de substituição; Democracia e os desafios das fake news à luz da prevenção de conflitos; Desjudicialização, cultura da paz, e ODS 16 - considerações sobre a incorporação da Agenda 2030 no poder judiciário brasileiro; Filosofia e mediação: as relações entre as teorias da justiça de Rawls e Habermas e a mediação; Mediação e perspectiva de gênero: uma abordagem dos métodos autocompositivos em relações com desequilíbrios estruturais; Mediação na relação médico-paciente e a judicialização de demandas; Meios alternativos de solução de conflitos nas ações que versam sobre interesses transindividuais: uma investigação sobre a efetividade no caso Mariana/MG; Novos horizontes para conflitos fiscais: a jornada da arbitragem tributária em Portugal e seu potencial no Brasil; O (des) tratamento dado à mediação no sistema jurídico brasileiro: uma análise do artigo 334 do Código de Processo Civil; O direito à moradia como direito da personalidade e a mediação dos conflitos locatícios; O impacto da produção antecipada de provas nas relações trabalhistas: uma perspectiva multidimensional na gestão de conflitos; e, Tribunal multiportas e novas tecnologias: a autocomposição no ambiente virtual.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos, reflexo de pesquisas e pesquisadores de todas as regiões do país.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), das instituições parceiras e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

29 de junho de 2024.

Professora Dra. Adriana Silva Maillart

adrissilva@gmail.com

Professora Dra. Luciana de Aboim Machado

lucianags.adv@uol.com.br

Professora Dra. Susana Isabel da Cunha Sardinha Monteiro

susana.monteiro@ipleiria.pt

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

sergiohzhf@fumec.br

MEDIAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E A JUDICIALIZAÇÃO DE DEMANDAS

MEDIATION IN THE DOCTOR-PATIENT RELATIONSHIP AND THE JUDICIALIZATION OF DEMANDS

Leandra Barros Silva Parente ¹

Resumo

O artigo aqui proposto visa ponderar sobre a aplicação da mediação na relação médico-paciente, enquanto técnica extrajudicial de solução de conflitos, como forma de impulsionar a autonomia do paciente na tomada de decisões sobre seus tratamentos, bem como, por meio do caráter pedagógico da mediação, difundir uma cultura conciliatória que mitigue a judicialização de demandas na seara hospitalar. Observou-se que com o advento da modernidade e os preceitos da bioética houve uma mudança de paradigma no que tange à personalidade do paciente e suas escolhas quanto à terapêutica a ser adotada. O estudo baseou-se em pesquisa bibliográfica e a escolha da temática se deu diante de um cenário onde a judicialização de demandas é uma crescente, principalmente no contexto médico-paciente, em detrimento de outros métodos extrajudiciais de solução de litígios, a exemplo da mediação que, inclusive, também contribuem para o empoderamento dos pacientes, já que não são raras as vezes em que a autonomia do paciente é tolhida em momentos de vulnerabilidade como os que ocorrem em ambiente hospitalar.

Palavras-chave: Palavras-chave: mediação, Direitos da personalidade, Autonomia, Bioética, Biodireito

Abstract/Resumen/Résumé

The article proposed here aims to consider the application of mediation in the doctor-patient relationship, as an extrajudicial conflict resolution technique, as a way of boosting patient autonomy in making decisions about their treatments, as well as, through the pedagogical nature of mediation, disseminate a conciliatory culture that mitigates the judicialization of demands in the hospital field. It was observed that with the advent of modernity and the precepts of bioethics there was a paradigm shift regarding the patient's personality and their choices regarding the therapy to be adopted. The study was based on bibliographical research and the choice of theme took place in a scenario where the judicialization of demands is increasing, mainly in the doctor-patient context, to the detriment of other extrajudicial methods of resolving disputes, such as mediation which, in fact, also contribute to the empowerment of patients, as it is not uncommon for patients' autonomy to be hampered in moments of vulnerability such as those that occur in the hospital environment.

¹ Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/MG; Conciliadora Judicial do Tribunal de Justiça do estado do Maranhão.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: mediation, Personality rights, Autonomy, Bioethics, Biolaw

1. INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira não possui uma cultura de conciliação na resolução de suas demandas, ao contrário, em qualquer tipo de conflito as pessoas se socorrem de um terceiro que emitirá uma decisão em lugar das partes envolvidas. Na cultura da sentença, que é a que predomina no Brasil, este terceiro será a figura de um Juiz de Direito, que proferirá uma sentença, pondo fim ao conflito, mas que não necessariamente trará a pacificação social. Este cenário explica a crescente judicialização de demandas e o consequente abarrotamento do Poder Judiciário.

O ambiente hospitalar e suas relações conflituosas internas, entre médico e pacientes e também questões mais amplas envolvendo o próprio direito à saúde, são uma parcela específica desses conflitos que ocorrem na sociedade. É o contexto de estudo deste artigo.

A relação médico-paciente passou por transformações ao longo dos anos, partiu de uma concepção em que o médico era a autoridade, cabendo ao paciente apenas aceitar o diagnóstico do profissional e respectivas prescrições terapêuticas. Posteriormente, essa relação paternalista cedeu lugar a uma concepção de respeito à autonomia e dignidade da pessoa do paciente, caracterizada por uma relação de confiança, a saber, o paciente deve conhecer claramente todas as informações sobre sua enfermidade e tratamentos possíveis, bem como de respeito à sua vontade em executá-los.

Daí os objetivos deste estudo, a saber, destacar a importância do dever de informar o paciente, para que ele possa tomar decisões livres e esclarecidas. Para tanto, sugere-se a utilização de técnicas de comunicação, como a escuta ativa, por exemplo, que possibilitarão um diálogo humano e aberto, proporcionando um maior equilíbrio nesta conversa entre o médico e o paciente.

Objetivou-se também enfatizar a autonomia do paciente na tomada de decisões quanto ao seu tratamento, o que pressupõem respeito à sua personalidade, à sua liberdade de escolha e auto-responsabilidade. E, ainda, se utilizar da técnica extrajudicial de solução de conflitos de interesses, a saber, a mediação, cujo caráter pedagógico de gerar autonomia às partes, acarreta uma redução da judicialização das demandas perante o Poder Judiciário.

Espera-se trazer argumentos a este empoderamento do paciente, que leva ao desenvolvimento de uma cultura de conciliação, por meio da qual as partes aprendem a gerir seus conflitos presentes e futuros, sendo estimuladas a decidirem por si próprias, assumindo as responsabilidades por suas escolhas.

Outro objetivo destacado neste estudo foi apresentar a medição e suas características inserta no ambiente hospitalar, favorecendo a abertura de um canal de diálogo nos conflitos que envolvam a saúde e a medicina. A proposta é que as instituições possam se utilizar de instalações já existentes em suas estruturas, a exemplo das ouvidorias ou criar núcleos específicos de mediação, em ambos os casos com o treinamento de um mediador que auxiliará as partes na resolução das demandas.

A ideia é tratar esses temas sensíveis em um ambiente mais próximo dos pacientes e seus familiares, com a utilização de uma linguagem mais humana e acessível, longe das formalidades e lentidão de um processo judicial, que não se mostra apropriado para lidar com questões como as existenciais, por exemplo.

A investigação deste artigo baseou-se em pesquisa bibliográfica, a partir do levantamento de referências de artigos científicos, livros, páginas de *websites* e legislação aplicada à espécie.

2. AUTONOMIA DO PACIENTE E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Quando se trata de direitos da personalidade, deve ser levando em consideração que tais direitos compreendem os seres humanos em todos os aspectos de sua existência e não apenas o patrimonial e, após a segunda grande guerra e suas atrocidades, este tema alcançou especial atenção.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso X, tratou de forma expressa sobre os direitos da personalidade, rendendo maior destaque à matéria no cenário nacional. O Código Civil de 2002, também dispôs expressamente de um rol exemplificativo, arts. 11 ao 21, em oposição ao código que o antecedeu, que era eminentemente patrimonialista.

Em estudos sobre esta temática, Oliveira (2013, p. 3) conceituou os direitos da personalidade como “direitos subjetivos da pessoa humana capazes de garantir um mínimo necessário e fundamental a uma vida com dignidade”; e listou algumas características inerentes a estes direitos, tais quais, a indisponibilidade, a intransmissibilidade, a vitaliciedade, além de os considerarem como absolutos, extrapatrimoniais, impenhoráveis e imprescritíveis.

O que inclui, segundo elencou Cupis (2004), não apenas o direito à vida, à integridade física, à liberdade e honra, mas às partes separadas do corpo, ao cadáver, ao segredo, sinal figurativo, dentre outros.

Embora a legislação atual tenha dado especial atenção aos direitos da personalidade, os fatos sociais estão sempre à frente das atualizações legislativas. Então, muitas questões relacionadas à complexidade deste tema não foram descritos no atual código civil, a guisa de exemplo podemos citar, entre outros assuntos, a reprodução assistida, gestação em útero de terceiro.

Atualmente, há uma comissão formada para reformar o Código Civil de 2002, onde os principais temas que regulam as relações sociais devem ser apreciados e espera-se que a matéria sobre os direitos da personalidade e toda sua complexidade também sejam estimados.

2.1 Bioética e Biodireito

Há uma certa confusão entre estes dois conceitos. Porém, eles se distinguem na medida em que bioética trata da limitação da atuação dos profissionais da área da saúde, já o biodireito refere-se aos regramentos jurídicos. Portanto, a bioética precede ao biodireito.

Segundo Diniz (2008), o conceito de bioética é uma reação da ética à utilização das novas tecnologias na área da saúde, o que inclui várias pesquisas em serem humanos, dentre outros exemplos, a autora cita a clonagem, a mudança de sexo, a esterilização, a eugenia, a eutanásia.

Já para Amaral (1999), a bioética avalia os aspectos da relação entre a biologia e a medicina, de modo a respeitar os valores da vida humana.

Alguns autores fazem a distinção entre macrobiótica e microbioética. Aquela cuida de assuntos ecológicos relacionados à preservação da espécie humana; esta cuida das relações

entre médico e paciente, afirmando, ainda, que o estudo da bioética é interdisciplinar, abrangendo outras áreas como a sociologia, a antropologia, a psicologia, a teologia, a filosofia, a ecologia (Oliveira, 2013).

Os princípios da bioética foram elencados por Sá e Naves (2023), citando o Informe de Belmont¹, a saber, o respeito pelas pessoas (autonomia); a beneficência (ao ser pesquisado) e a justiça (maximizar os benefícios com mínimo custo). Os autores também conceituaram a bioética como a disciplina que estuda a ética na atuação dos profissionais de saúde e da Biologia na sociedade e nas relações entre os homens e entre estes e outros seres humanos.

Após um período de paternalismo médico onde os saberes médicos e científicos eram quase que inquestionáveis, o advento de dois acontecimentos começaram a contestar esse dogma, quais sejam, a utilização bélica da energia atômica e os experimentos médicos nos campos de concentração durante o período nazista. A partir daí surge a bioética como forma de limitação das atuações médicas e científicas (Sá; Naves, 2023).

Por sua vez, o biodireito é quem vai regulamentar e definir os contornos dos atos médico-científicos, estabelecendo regras e limites, levando em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, já que os preceitos da bioética não são coercitivos (Loureiro, 2009).

Portanto, o biodireito é a normatização jurídica, onde serão estabelecidas as permissões e sanções pelo não cumprimento de suas regras. De onde se conclui que na ética a sanção é uma reprovação interna ou social, já o biodireito produz imposições coercitivas e sancionatórias (Oliveira, 2013).

Um dos principais pilares do biodireito é o princípio da autonomia privada, este reconhece ao indivíduo a capacidade de autogovernar-se. Esta percepção muda substancialmente a relação médico-paciente, onde a autoridade do médico cede lugar à participação mais ativa do sujeito em seu tratamento.

Outros preceitos básicos do biodireito, apesar de não haver um documento formal que os estabeleça, são: o princípio da precaução, que limita a atuação profissional diante de casos que possam causar risco grave e irreversível; o princípio da responsabilidade, na medida em que deve haver, por parte do sujeito, uma certa capacidade de discernir os atos praticados e de

¹ Relatório feito pela Comissão Nacional para a Proteção dos Interesses Humanos de Biomédica e Pesquisa Comportamental, criado nos Estados Unidos em 1974 e que representou importante marco para a bioética.

agir segundo esse discernimento; e o princípio da dignidade da pessoa humana, consoante exposto no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, o qual abrange vários aspectos da pessoa, em seu âmbito físico, psíquico e espiritual, em um contexto de liberdade e igualdade (Sá; Naves, 2023).

3. RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE

Consoante já afirmado, a relação entre médicos e pacientes passou por uma transformação ao longo do tempo. De fato, os padrões antigos da medicina eram essencialmente paternalistas, marcados pela total sujeição do paciente ao tratamento imposto pelo médico, de forma que o que havia, em verdade, era uma dependência reverencial. Portanto, o doente submetia-se a todo tipo de tratamento, a critério do médico, sem poder questionar e também sem direito a obter muitas informações sobre o procedimento que seria executado em seu próprio corpo.

A modernidade e o novo paradigma da bioética mudou este cenário, onde valores da pessoa humana e o respeito à sua dignidade foram resgatados. Nesta perspectiva, destaca-se a autonomia do sujeito, que pode fazer escolhas, de forma racional, a respeito de sua saúde e de seu corpo. E isto pressupõe o dever de o médico repassar ao paciente todas as informações sobre cada procedimento terapêutico ministrado.

Afinal, a autonomia decorre do fato de que todo homem é um ser racional, provido de razão e consciência, com capacidade de entender e querer decidir sobre aceitação ou recusa de procedimentos médicos e outros atos de disposição do próprio corpo. Esta liberdade de escolha e auto-responsabilidade consagram a dignidade humana, ainda que esta escolha seja até mesmo contra sua saúde, desde que mantidas íntegras a sua capacidade de deliberação e higiene mental (Gogliano, 2000).

Por conseguinte, já não cabe mais uma relação de autoridade entre médicos e pacientes, surge a necessidade de se estabelecer uma relação de fidúcia, a partir de uma confiança mútua, fundada no diálogo, na lealdade e na transparência.

Entretanto, com o advento das sociedades modernas e de massas, com a construção de grandes hospitais, e adoção de planos de saúde e o consequente aumento do número de aten-

dimentos médicos no menor espaço de tempo possível, o que ocorreu foi um certo distanciamento entre o médico e o paciente, aquele deixa de ser o profissional de extrema confiança da família como outrora, prejudicando o diálogo e, certamente, favorecendo o agravamento da tensão nesta relação médico-paciente.

4. MEDIAÇÃO NO CONTEXTO MÉDICO-PACIENTE

Uma internação ou um tratamento em um ambiente médico-hospitalar não raras vezes representa, para o paciente e seus familiares, um momento de extrema vulnerabilidade e desconforto, o que por si só requer uma intervenção empática e humanizada. Para tanto, é indispensável um diálogo aberto e atencioso entre o paciente e seus familiares e todo corpo médico-hospitalar e isto exige respeito à autonomia privada, bem como à decisão livre e informada do paciente.

Por consequência, o enfermo deve receber todas as informações disponíveis sobre o seu diagnóstico, bem como o tratamento e suas consequências, quer sejam positivas, quer negativas. E esta conversa deve ser a mais clara e abrangente possível, onde serão avaliados os riscos e benefícios da intervenção terapêutica, para que as escolhas do paciente sejam feitas de forma consciente (Sá; Naves, 2023).

Esta deliberação deve ser construída em um diálogo aberto entre o paciente e o médico, onde este deve se comunicar de forma clara e acessível, para que não haja vícios na manifestação de vontade daquele. Esta interação é bem diferente do que frequentemente ocorre na simples assinatura de um “termo de consentimento livre e esclarecido”.

Por outro lado, o paciente tem o direito à informação, o que, inclusive, é assegurado constitucionalmente no art. 5º, IXV e que está relacionado ao direito ao consentimento, daí porque denominado de "consentimento informado". Hoje, segundo Sá e Naves (2023), o termo empregado é "consentimento livre e esclarecido", fruto de um processo de diálogo e colaboração, com o objetivo de satisfazer a vontade e valores do paciente.

Os médicos, por seu turno, devem respeito ao Código de Ética Médica, anexo à Resolução nº 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina, em que, mais precisamente, nos artigos 22 e 24, inseridos no capítulo IV, dos direitos humanos, veda aos médicos: "Art. 22. Dei-

xar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte” e "Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”.

O que, em verdade, estabelece uma gestão compartilhada da saúde, além da humanização do atendimento, em respeito à personalidade do paciente.

4.1 Cultura de conciliação e cultura da sentença

Percebe-se que há no Brasil uma certa resistência à abertura de um diálogo, seja pelos resquícios de uma cultura médica paternalista, seja pela falta de uma "cultura de conciliação" e predomínio de uma "cultura da sentença" na gestão dos conflitos.

A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, que cria a política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, trouxe algum avanço neste quesito, nada obstante, consoante Watanabe (2011), a praxe brasileira esteja arraigada na “solução adjudicada dos conflitos”, por meio da sentença de um juiz.

Culturalmente, se ignoram os objetivos e as vantagens das práticas de resolução consensual de conflitos, a saber, maior autonomia entre os envolvidos na condução do diálogo, esclarecimento dos fatos, nas escolhas e decisões; acarretando morosidade da resolução da demanda, frustração e insatisfação, haja vista que a pacificação social não é alcançada e, não raras vezes, a questão será judicializada.

E, no que tange à relação médico-paciente, onde já há uma tensão e fragilidade que as circunstâncias por si próprias já trazem, pode-se evitar a generalização e prolongamento do conflito, onde médicos e paciente serão conduzidos à abertura do diálogo, com respeito à suas personalidades e, apesar da delicadeza do caso concreto, a decisão será embasada na vontade livre e esclarecida do paciente, em respeito à sua autonomia.

Para tanto, propõe-se empregar técnicas extrajudiciais de solução de conflitos, consoante métodos de tratamento adequado do conflito, a exemplo da mediação, no ambiente hospitalar, o que levará mais facilmente ao desenvolvimento de uma gestão compartilhada da saúde, à humanização do atendimento e ao respeito à personalidade do paciente e seus familia-

res. Pois, como bem observado por Cappelletti e Gorth (1988, p. 9), os Tribunais são ambientes que intimidam, as figuras dos juízes e advogados são tidas por opressoras, sem falar de todo o formalismo, tudo isto faz com que o “litigante se sinta perdido num mundo estranho”.

Por outro lado, os meios judiciários não se mostram apropriados para lidar com questões como as existenciais e as sociológicas, por exemplo, que também fazem parte do conflito (Soalheiro, 2023). Daí se recorrer a métodos de tratamento adequado do conflito, tais quais a conciliação, a mediação, a arbitragem.

Especificamente para os casos que envolvem a relação médico-paciente, opta-se pela utilização da mediação, por considerá-la mais adequada, ante suas características doravante apontadas.

Neste caso, a mediação não visa tão-somente a realização de um acordo entre os envolvidos no conflito, mas que seja aberto um canal de diálogo entre eles para que os pontos possam ser esclarecidos e examinados abertamente, de modo a garantir o direito de autodeterminação do paciente sobre sua própria vida. Logo, o mediador será uma terceira pessoa que facilitará o restabelecimento da comunicação que muitas das vezes pode ser desigual entre o médico e o paciente, impedindo a construção da autonomia deste (Soalheiro, 2023).

Neste aspecto, cabe destacar a importância do conhecimento como condutor da autonomia do paciente na escolha e tomada de decisões, já que o paciente deve ter capacidade para compreender seu diagnóstico, bem como todas as nuances de seu tratamento. Uma deficiência na comunicação levará ao desequilíbrio do diálogo entre o médico e o paciente, consequentemente, ao acirramento do conflito e, por fim, ao prejuízo na autonomia do paciente na tomada de decisões.

Os autores Fisher, Ury e Patton (2014), apresentam o método de negociação baseada em princípios, desenvolvido pelo Projeto de Negociação de Harvard, alternativo à barganha posicional, em que o objetivo é chegar a uma solução sensata, de forma eficiente e amigável. Por meio deste método, deve-se transformar os conflitos em soluções de problemas de forma conjunta e pragmática.

Logo, o que se deve considerar é que em uma negociação não há uma disputa, onde um ganha e ou outro necessariamente deve perder, ao contrário, ambas as partes podem sair ganhando, ou seja, neste diálogo entre as partes, deve-se destacar os ganhos mútuos. Logo,

uma boa comunicação é fundamental para alcançar um acordo. Consoante o método de negociação de Harvard, sem comunicação, não há negociação.

Ainda na temática da boa comunicação, Carvalho (2018) destacou que a paz, a felicidade e o sucesso dependem do quanto nos comunicamos, ressaltando a inclusão, o pertencimento, a escuta ativa, a solidariedade e a empatia.

Portanto, consoante Carvalho (2018, p. 106), o mediador tem no diálogo a principal ferramenta para resolver qualquer conflito, desde os mais simples aos mais complexos, atendendo para eles sob diversas perspectivas, “mesmo que não existam problemas de natureza pessoal, paulatinamente dissolvendo as individualidades integrando pontos de vista, abrindo espaço para criar soluções de ganhos mútuos em prol do bem-estar social”.

Para a citada autora, a mediação tem como principais objetivos o equilíbrio da comunicação, a harmonia e a pacificação social. Já que em qualquer relação interpessoal podem ocorrer desentendimentos que levam a conflitos e estes, por sua vez, podem fazer as pessoas envolvidas se sentirem ignoradas, despercebidas, furiosas e injustiçadas.

Outras características da mediação que se mostram mais vantajosas na relação médico-paciente, se comparada à conciliação, diz respeito ao fato de já haver uma relação pré-existente entre as partes, o que se dá principalmente nos tratamentos prolongados, bem como na atuação do mediador, que apenas conduz as partes ao diálogo, não interferindo ou propondo soluções, o que poderia minimizar a autonomia do paciente. Portanto, por meio da mediação a pessoalidade do paciente pode ser fortalecida.

Ressalta-se também o caráter pedagógico da mediação/ conciliação, em que as partes podem aprender a lidar com suas demandas, presentes e futuras, sendo estimuladas a decidir por si próprios, empoderando-se (Soalheiro, 2023), ou seja, assumindo a responsabilidade por suas escolhas. Isto favorece a difusão de uma cultura conciliatória.

4.2 Judicialização das demandas envolvendo a relação médico-paciente

Consoante largamente informado neste trabalho, o contexto em que se dá a relação médico-paciente é bastante sensível, se tornando propício ao surgimento de conflitos envol-

vendo a saúde, bem como a medicina. Neste ponto, por oportuno, explica-se a distinção entre demandas envolvendo a saúde, das demandas envolvendo a medicina.

Assim, a judicialização da saúde se dá quando o paciente busca o Poder Judiciário para efetivar seu direito amplo à saúde, em face do poder público. Já a judicialização da medicina refere-se aos conflitos que envolvem a relação médico-paciente, de forma mais específica (Vasconcelos, 2020).

Pois bem, em resposta ao aumento destas demandas, em 2019, o 1º Centro Judiciário de Solução de Conflitos (CEJUSC) da saúde no Brasil foi instalado no estado de Goiás, como uma importante medida para reduzir a judicialização das demandas. Este núcleo conta com apoio de uma equipe multidisciplinar, da qual fazem parte, dentre outros órgãos, a Defensoria Pública, o Ministério Público Estadual, a Agencia Nacional de Saúde.

Em reforço a esta medida, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu a recomendação nº 100, “sugerindo a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos em demandas que versem sobre direito à saúde, às quais também incluem os conflitos advindos da relação médico-paciente”.

Foi nesse viés que Soalheiro (2023) apresentou algumas propostas que reafirmam a autonomia do paciente, nos conflitos envolvendo a medicina, utilizando a técnica da mediação, que pode ser aplicada tanto em sua totalidade, quanto apenas algumas de suas técnicas a seguir elencadas.

Sob essa ótica, poder-se-á utilizar a técnica da escuta ativa ou escuta empática, que vai muito além de apenas ouvir o interlocutor, mas compreender com atenção o que está sendo dito; a técnica da paráfrase, que consiste em repetir o que a outra pessoa disse, que pode ser feito em forma de pergunta, para se certificar sobre a compreensão do que foi dito; outra proposta se refere à formação dos médicos, ainda durante o curso de medicina, no que tange à melhoria da comunicação com o paciente.

Por fim, a proposta de implementação de núcleos de mediação dentro dos hospitais, que podem ser tanto em instalações das próprias ouvidorias hospitalares, quanto em salas próprias. O que se espera é que haja mediadores devidamente preparados para lidar com os conflitos advindos da relação médico-paciente.

As ouvidorias são canais de comunicação e objetivam construir um bom relacionamento entre as instituições e seus usuários.

A instituição pode aproveitar as dependências das ouvidorias que já estão instaladas nos hospitais e incluir mediadores, que podem atuar simultaneamente com os ouvidores, cada um desempenhando suas respectivas atribuições. Outra proposta é treinar os próprios ouvidores para também atuarem como mediadores.

Soalheiro (2023) apresenta dois casos, implementados em dois estados do Brasil, onde esta experiência de adoção da mediação no ambiente hospitalar foi bem quista. No estado do Ceará, por meio de estudo de campo vinculado à Universidade de Fortaleza e desenvolvido pela pesquisadora Denise Almeida de Andrade, instituiu-se a mediação no Hospital Geral de Fortaleza. Em Minas Gerais, a mediação foi trabalhada junto à Ouvidoria do Hospital das Clínicas, em pesquisa de campo realizada por Cibele Aimée de Souza, vinculada à Universidade Federal de Minas Gerais.

Portanto, verifica-se que uma rede de profissionais estão envolvidos nestes projetos. Dentre os envolvidos diretamente destacam-se os conciliares/ mediadores/ ouvidores, os médicos e demais profissionais de saúde, os pacientes e seus familiares; de uma forma secundária, os diretores dos hospitais e ainda os órgãos da Defensoria Pública, o Ministério Público e a Agência Nacional de Saúde; de forma indireta, a sociedade em geral é beneficiária deste projeto.

Tais exemplos revelam que é perfeitamente possível e aconselhável abrir este canal de diálogo em uma seara tão específica e que envolve um tema tão delicado quanto este nas relações médico-paciente. De fato, a mediação contribui significativamente para desenvolver a habilidade de autonomia das partes, para mitigar os conflitos entre médicos e pacientes e, conseqüentemente, favorece a redução da judicialização de demandas perante o Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

Em síntese, observou-se que a relação médico-paciente sofreu alteração ao longo do tempo, passando de uma relação paternalista, com predomínio de uma certa sujeição do paciente à opinião e tratamento médico, para uma relação com maior ênfase ao respeito à autonomia do paciente e à sua dignidade enquanto pessoa.

Nesta perspectiva, de respeito à personalidade e autonomia do paciente, este passou a fazer escolhas de forma racional, a respeito da terapêutica a ser aplicada em seu corpo. E para que isto ocorra, o médico tem o dever de informar o paciente de forma clara e humanizada tudo sobre seu diagnóstico, bem como todas as etapas dos tratamentos possíveis.

Esta mudança de paradigma deveu-se ao advento da modernidade e aos preceitos da bioética. Esta se distingue do biodireito, na medida em que avalia a reação da ética ao implemento de novas tecnologias na área da saúde, limitando a atuação dos respectivos profissionais, consoante os valores da vida e da dignidade da pessoa humana; já o biodireito, por sua vez, é quem vai estabelecer as regras e limites aos atos médico-científicos, de onde partirão as permissões e sanções pelo não cumprimento das respectivas regras.

As relações advindas de um contexto hospitalar, destacam o desequilíbrio na relação médico-paciente, seja pela vulnerabilidade desde, ante sua situação moribunda, seja pela falta de conhecimento técnico para entender a real situação da enfermidade e seus tratamentos.

Portanto, defendeu-se a utilização de algumas técnicas, tais quais a escuta ativa, a paráfrase, um cuidado maior na formação dos médicos e demais profissionais de saúde, no que tange à melhoria da comunicação, por fim a utilização da mediação, como técnica extrajudicial de solução de conflitos, a ser implementada dentro da estrutura hospitalar.

Quanto ao implemento da mediação no contexto hospitalar, optou pelo emprego desta técnica, em detrimento da conciliação e da arbitragem, devido às suas características peculiares, como ser mais vantajosa nos casos onde há uma relação pré-existente, comum nos tratamentos prolongados; bem como pela atuação do mediador, que apenas conduz as partes ao diálogo, não intervindo ou apresentando proposta, o que está em consonância com a autonomia do paciente.

Outra importante vantagem advinda da adoção de técnicas de solução de conflitos, a exemplo da mediação, diz respeito à formação de uma cultura de conciliação, em prejuízo da chamada cultura da sentença. Neste trabalho, fora evidenciado que a mediação contribui para o empoderamento das partes, de modo que elas podem aprender a lidar com seus conflitos presentes e futuros, assumindo a responsabilidade por suas escolhas, ressaltando seu caráter pedagógico.

Por fim, exemplificou-se o implemento da mediação em dois hospitais, o Hospital Geral de Fortaleza e o Hospital das Clínicas de Minas Gerais, fruto de pesquisas de campo, de-

monstrando que é aconselhável a abertura deste canal de diálogo nas relações médico-pacientes, o que contribui, significativamente, para desenvolver o empoderamento das partes na condução de uma solução pacífica e autônoma de seus conflitos, conseqüentemente, na criação de uma cultura de conciliação e, por outro lado, na redução da judicialização das demandas perante o Poder Judiciário.

Observou-se que a implementação deste projeto de mediação dentro da estrutura hospitalar conta com uma gama de profissionais envolvidos direta e indiretamente, a exemplo dos médicos e demais profissionais da área da saúde, dos diretores e administradores dos hospitais, dos mediadores/ conciliadores e ouvidores, além de órgãos estatais que podem ser chamados a contribuir, tais quais a Defensoria Pública, o Ministério Público e a Agência Nacional de Saúde.

Além destes profissionais, os pacientes e seus familiares também estão envolvidos e se beneficiarão diretamente com as práticas citadas neste artigo, que trará reflexos em toda a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **O poder das Ciências Biomédicas: Os direitos humanos como limite. A moralidade dos atos científicos.** Rio de Janeiro: Ministério da Saúde/Fiocruz – Fundação Oswaldo Cruz, 1999.

BELTRÃO, Silvio Romero. Autonomia da vontade do paciente e capacidade para consentir: uma reflexão sobre a coação irresistível. **Revista de Direito Sanitário**, v. 17, n. 2, p. 98-116, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 100, de 16 de junho de 2021.** Recomenda o uso de métodos consensuais de solução de conflitos em demandas que versem sobre o direito à saúde. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1443552021061860ccb12b53b0d.pdf> . Acesso em: 10 dez. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 10 dez. 2023.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm . Acesso em: 10 dez. 2023.

BRASIL. **Resolução n. 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Instituiu o Código de Ética Médica. Diário Oficial da União, Brasília, 24 set. 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/etica-medica/codigo-2010/> . Acesso em 11 dez. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988. CARVALHO, Patrícia Clélia Coelho de. Conversando sobre o transformador: o universo da mediação. In: NUNES, Ana (org.). **Mediação e conciliação: teoria e prática**. 1ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018. Cap. 5, p. 103-128.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 5 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. 3. Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Solomon Editores, 2014.

GOGLIANO, Daisy. Autonomia, bioética e direitos da personalidade. **Revista de direito sanitário**, v. 1, n. 1, p. 107-127, 2000.

HERINGER, Helimara Moreira Lamounier; GOMIDE, Helenice Moreira Lamounier. O DIREITO DE ESCOLHA DO TRATAMENTO MÉDICO: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE. In: **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**. 2021. p. 666-684.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 7.

MOREIRA LAMOUNIER HERINGER, H.; MOREIRA LAMOUNIER GOMIDE, H. O DIREITO DE ESCOLHA DO TRATAMENTO MÉDICO: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, [S. l.], n. 9, p. 666–684, 2022. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2559> . Acesso em: 22 nov. 2023.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. DIREITOS DA PERSONALIDADE, BIOÉTICA E BIODIREITO: Uma breve introdução. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 2, n. 1, p. 1-28, 2013.

ROCHA, Rafael da Silva. AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS DA PERSONALIDADE. **Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v.18, n.30, p. 145-158, abr. 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 6. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2023. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br> . Acesso em: 28 dez. 2023.

SOALHEIRO, Luiza Helena Messias. **Mediação na Relação Médico-Paciente**. Indaiatuba: Editora Foco, 2023.

VASCONCELOS, Camila. **Direito médico e bioética**: história e judicialização da relação médico-paciente. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2020.

WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 195, maio 2011. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/NucleoParecerDesKazuWatanabe.pdf> . Acesso em: 19 dez. 2023.