



**ESCOLA BAIANA DE DIREITO E GESTÃO LTDA
FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

FLÁVIA MENDES MOREIRA DE ANDRADE MÉLO

**GESTÃO ADEQUADA DE CONFLITOS EM DEMANDAS DE DIREITO
MÉDICO**

**SALVADOR
2022**



FLÁVIA MENDES MOREIRA DE ANDRADE MÉLO

GESTÃO ADEQUADA DE CONFLITOS EM DEMANDAS DE DIREITO MÉDICO

Artigo científico apresentado à Escola Baiana de Direito e Gestão Ltda., da Faculdade Baiana de Direito, como parte das exigências do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Médico, da Saúde e Bioética para a obtenção do título de Especialista em Direito Médico, da Saúde e Bioética.

Orientadoras: Profa. Camila Vasconcelos e Profa. Ana Thereza Meirelles

SALVADOR
2022



FLÁVIA MENDES MOREIRA DE ANDRADE MÉLO

GESTÃO ADEQUADA DE CONFLITOS EM DEMANDAS DE DIREITO MÉDICO

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Médico, da Saúde e Bioética, obtendo o conceito _____, sob avaliação da banca examinadora a seguir:

Profa. Me. PostDoc. Ana Thereza Meirelles Araújo - Orientadora

Profa. Me. PostDoc. Camila Vasconcelos - Orientadora

Salvador
2022



AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, aos espíritos de luz e guias espirituais por sempre me guardarem e me intuírem dos melhores pensamentos.

Aos meus pais, que sempre me apoiaram em todas as minhas decisões e comemoram comigo cada vitória obtida.

À família Rocha & Rocha Advogados Associados, especialmente minha sócia Joana Rocha, por todo apoio, parceria e amizade.

Ora, aceitar ser o que sou, neste sentido, e tornar possível que a outra pessoa o veja, é a tarefa mais difícil que conheço e que nunca está completamente terminada. Mas o simples fato de compreender que é essa a minha tarefa é extremamente enriquecedor, porque me ajuda a reconhecer o que estava errado nas relações interpessoais que se obstruíram e a dar-lhes novamente uma direção construtiva. Isto significa que, se desejo facilitar o desenvolvimento pessoal dos outros em relação comigo, então devo desenvolver-me igualmente e, embora isso seja muitas vezes penoso, é também fecundo.

Carl R. Rogers, Tornar-se pessoa, 6ª edição, 1982.

RESUMO

O presente artigo aborda a temática da gestão adequada de conflitos em direito médico objetivando o correto diagnóstico, escolha de método e sua execução. Buscou-se analisar os diversos métodos, seus tipos e ferramentas existentes, caracterizando-os e apontando diferenças que devem ser observadas quando da sua escolha. Também, procurou analisar o contexto da relação médico-paciente, como esta evoluiu, e como isso vem afetando as relações e ocasionando os conflitos na área. Analisou-se a aplicação da mediação nos conflitos na área de direito médico, já que este é defendido como o melhor método, devido a sua possibilidade de aplicação em relações continuadas, todavia, observou-se que a relação médico-paciente mudou muito no decorrer dos anos, não se tendo sempre relações contínuas, já que muitos pacientes acessam a saúde através do SUS, operadoras de planos de saúde, e outras vias, o que termina descaracterizando a continuidade da relação, além do fato de concluirmos que a escolha do método virá a partir da análise do caso concreto, da capacidade econômica e do nível de cooperação dos envolvidos.

Palavras-chave: direito médico. gestão de conflitos. métodos. diagnóstico. mediação.

ABSTRACT

This article addresses the issue of adequate conflict management in medical law, aiming at the correct diagnosis, choice of method and its execution. We sought to analyze the various methods, their types and existing tools, characterizing them and pointing out differences that must be observed when choosing. It also sought to analyze the context of the doctor-patient relationship, how it evolved, and how it has been affecting relationships and causing conflicts in the area. The application of mediation in conflicts in the area of medical law was analyzed, since this is defended as the best method, due to its possibility of application in continued relationships, however, it was observed that the doctor-patient relationship has changed a lot during the course of the study. years, not always having continuous relationships, since many patients access health through the SUS, health plan operators, and other ways, which ends up decharacterizing the continuity of the relationship, in addition to the fact that we conclude that the choice of method will come from the analysis of the concrete case, the economic capacity and the level of cooperation of those involved.

Keywords: medical law. conflict management. methods. diagnosis. mediation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. O CONFLITO E SUA GESTÃO ADEQUADA.....	9
3. AS ETAPAS DO TRATAMENTO ADEQUADO E OS TIPOS DE MÉTODOS	12
4. DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE, SUA EVOLUÇÃO E A JUDICIALIZAÇÃO.	19
5. A MEDIAÇÃO É O MÉTODO ADEQUADO PARA TRATAR DEMANDAS EM DIREITO MÉDICO?	21
6. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	24
7. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	27

1. INTRODUÇÃO

Quem determina o melhor método e/ou ferramenta em demandas de Direito Médico? Muito se fala, e se defende, sobre o uso da mediação na gestão de conflitos na área. Mas, seria essa a resposta adequada? Seria o melhor método, tendo em vista que a relação profissional-paciente, geralmente, é de trato contínuo? Por ser uma relação continuada, seria mais adequada a utilização de mediação no lugar de outros meios também disponíveis?

No presente artigo, será abordada a Teoria do Conflito, passando pelas relações médico-paciente, com uma análise dos métodos e ferramentas disponíveis e visualização de suas possíveis aplicações em conflitos nestas relações.

De início, registra-se que não existe resposta certa. Não é o tipo de demanda que determina o melhor caminho a ser adotado, mas, sim, seus atores, suas disponibilidades em contribuir ao processo e seus limites.

Ademais, ainda prevalece, no sistema jurídico brasileiro, uma cultura de judicialização indiscriminada e excessiva de demandas. Entretanto, já existem a busca e o incentivo de novas possibilidades de resolução mais efetivas, céleres, e satisfatórias para as partes envolvidas no litígio.

No que se refere ao Direito Médico, a situação chama atenção diante do crescimento alarmante de demandas judiciais da área, bem como o grau de urgência e complexidade que, muitas vezes, o sistema Judiciário - por todos os seus entraves - não tem condições de responder. Assim, falar de gestão adequada de conflitos em saúde é falar principalmente da efetivação da justiça, e o alcance - na medida do possível - das diferentes visões de paz para os envolvidos.

Vale ressaltar que, no Direito Médico, tem-se como parte vulnerável o doente/indivíduo em situação de urgência de atendimento as suas demandas, acesso ao direito constitucional basilar à saúde, e que sofre com o desgaste emocional por

ter que buscar, na maioria das vezes, o Judiciário em momento de fragilidade. Considera-se também médicos e/ou outros profissionais da área que se sentem vulneráveis ao responder demandas que questionam a sua capacidade técnica, bem como os custos e gastos para se defender de acusações, mesmo em situações em que a sua atuação correspondeu às expectativas e resultados esperados.

Ou seja, ambos passam por um imenso abalo emocional, o desgaste de enfrentar demandas judiciais sem data para acabar, as quais requerem perícias, depoimentos e análise de uma enormidade de documentos - uma história que tem início, mas que não se sabe quando findará.

Por essas e outras razões, a inevitabilidade do presente estudo a fim de que haja uma gestão adequada de conflitos similares a fim de que seja realizado uma melhor análise, diagnóstico, escolha de métodos e ferramentas, bem como a execução deles no caso concreto. No presente estudo, serão abordados os métodos mais conhecidos, aprofundando um pouco mais na mediação.

Assim, o que já se pontua de início é que não existe uma resposta pronta, mas é possível analisar toda a gama de métodos e ferramentas disponíveis para buscar uma resolução diversa da judicialização que, com toda certeza, ao final, proporcionará a sensação efetiva de acesso à justiça.

Dessa forma, para que este trabalho fosse ser desenvolvido, foi utilizado como metodologia a pesquisa bibliográfica qualitativa, assentada em referências de relevo sobre a temática de Gestão Adequada de Conflitos médico-paciente e desenvolvimento de escrita lógico-dedutiva.

2. O CONFLITO E SUA GESTÃO ADEQUADA

O termo conflito é compreendido como “(...) uma relação entre partes em que ambas procuram a obtenção de objetivos que são, podem ser, ou parecem ser, para alguma delas, incompatíveis” (HIGHTON; ÁLVAREZ, 2008, p. 41-42).

Nos dicionários da língua portuguesa, o significado de conflito aponta para: problema, atrito, luta, briga, embate, entre outras palavras com a mesma conotação. A conceituação de conflito está comumente associada a algo negativo, o que é errado.

O conflito não é negativo, nem positivo, devendo ser visto como uma oportunidade de crescimento, próprio da interação humana e de como os indivíduos se posicionam diante de determinadas situações. Cada um pode interpretar e propor formas diferentes de resolução de uma mesma questão, e de igual forma encontrarem resultados positivos delas.

Essa percepção dos conflitos de forma positiva é uma das principais alterações da chamada Moderna Teoria do Conflito. No caso, a natureza do conflito e a forma de lidar com ele determinarão se será benéfico ou não para as pessoas envolvidas. No entanto, na medida do possível, ele deve ser visto como fonte de ideias novas, ao proporcionar discussões que podem ser produtivas e que ajudam a pensar sob novas perspectivas. Em algumas situações, ele pode ser considerado necessário para evitar a estagnação. A unanimidade pode ser mais problemática do que o conflito em si.

Na maioria das vezes, a divergência advém da percepção de desvantagem de uma das partes. Saber identificar a causa que a origina é o primeiro passo para aprender a lidar com ela. No caso, frequentemente os conflitos estão ligados a fatos, ou seja, na diferença de informações que duas pessoas possuem ou na percepção de que têm uma realidade distinta. Isso ocorre, muitas vezes, quando há falhas no processo de comunicação entre os envolvidos; pode estar relacionado a objetivos, a diferença deste entre duas ou mais pessoas, impactando diretamente no trabalho/intenções da outra; e/ou com valores, remetendo às diferenças entre as pessoas e àquilo em que elas acreditam, seus princípios básicos.

Essas causas distintas dos conflitos implicam em diferentes modos de lidar com a situação. Por exemplo, conflitos de valores tendem a ser menos fáceis de administrar do que os de fatos, que estão mais relacionados a pontos de vista e a formas de perceber a mesma situação. Assim, reconhecer a origem, a natureza do conflito, é decisivo para aprender a administrá-lo.

Como consequências negativas resultantes de um conflito têm-se: o bloqueio da comunicação para que não haja novos conflitos; brigas, desentendimentos, processos na justiça; desvio da atenção dos reais objetivos, colocando em perspectiva os objetivos dos grupos envolvidos no conflito, contribuindo para uma percepção estereotipada a respeito dos envolvidos no conflito.

E como consequências positivas, têm-se uma maior atenção aos problemas-chave; maior chance de inovação; maior abertura para ideias; socialização para as pessoas envolvidas no conflito; equilíbrio nas relações de poder dentro da organização; e a formação de alianças.

Assim, tendo efeitos positivos ou negativos, os conflitos podem ser considerados úteis pelo papel que desempenham na vida das pessoas e lidar com eles implica no seu correto diagnóstico, para, por fim, se escolher o método mais adequado a situação posta, aplicando-o ao caso concreto.

A Gestão Adequada de Conflitos pode ser entendida como a prática de cognição, condução e resolução de situações conflituosas, promovida mediante o emprego do método ou técnica que melhor atenda às particularidades do caso concreto (GORETTI, 2019, p. 23).

Fazendo uma analogia com a área médica, o agravamento do sintoma (conflito) ocorrerá quando não se fizer todos os exames necessários (critérios objetivos) para a melhor escolha de tratamento (critérios racionais) a fim de preveni-lo ou tratá-lo, bem como quando não se buscar por profissionais que saibam diagnosticá-lo e tratá-lo de forma correta. O sintoma, quando não é lido é dado a devida atenção ou desconhece-

se quanto as outras possibilidades de tratamento - Métodos Adequados de Resolução de Conflito -, pode ser agravado, resultando em um procedimento (judicialização) que poderia ser evitado.

Com a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu a Política Pública de Tratamento Adequado dos Problemas Jurídicos e dos Conflitos de Interesses, pontuando a responsabilidade social do Judiciário em proporcionar aos cidadãos o acesso à justiça. Este é direito previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que engloba não só o acesso aos órgãos judiciários como também a outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação, implicando no acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas.

Também, o art. 3º do Código de Processo Civil estabeleceu, em seu parágrafo terceiro, que *“a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”*.

E mais, o Código de Processo Civil, em outros artigos, procurou enfatizar a sua postura ativa no tratamento adequado dos conflitos ao indicar o conciliador e o mediador como auxiliares da justiça (art. 149) e a determinar a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos (art. 165).

Quanto aos Métodos Adequados de Resolução de Conflito (MARC), estes são bem variados e se diferenciam de acordo com as suas respectivas peculiaridades, opções para se chegar a um consenso, a um entendimento provisório, à paz ou apenas a um acordo – dependendo do propósito para o qual o processo de resolução de disputas foi concebido (CNJ, 2015).

3. AS ETAPAS DO TRATAMENTO ADEQUADO E OS TIPOS DE MÉTODOS.

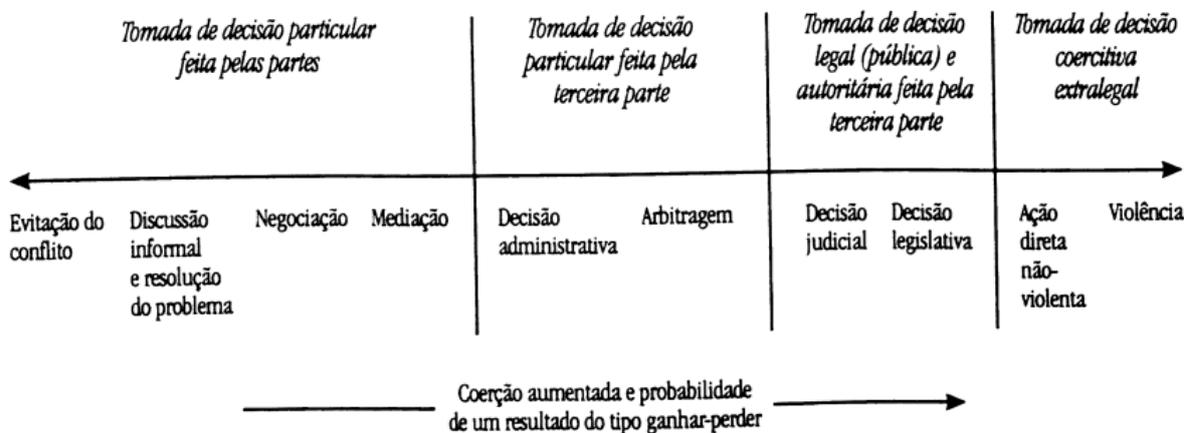
Na gestão adequada de um conflito é necessário reconhecer que: 1) são eventos naturais resultantes dos inevitáveis processos de interação humana; 2) são

únicos, irrepetíveis e a generalização do seu tratamento pode levar a não observância de muitas particularidades que podem ser determinantes para o caso concreto; 3) profissionais sensíveis e com capacitação técnica específica na área são os mais indicados para identificar, interpretar, e escolher, dentre todos os métodos e ferramentas, aqueles que se mostrem mais adequados para o caso concreto; e 4) devem estar envolvidos profissionais com aptidão para executar os métodos identificados como os mais adequados para o caso.

Também é importante identificar os interesses de cada uma das partes envolvidas, ou seja, os reais desejos que direcionam suas intenções, metas e ações. Os interesses não devem ser confundidos com as posições, pois, muitas vezes, o que é externalizado pelas partes não correspondem aos seus reais interesses.

Dentre tantos Métodos de Prevenção e Resolução de Conflitos, os mais conhecidos, são: negociação, mediação, conciliação e arbitragem. Tem-se ainda a *med-arb*, círculos restaurativos, *disclosure*, e constelações sistêmicas - que é reconhecida por muitos como método, embora entenda-se como ferramenta, como os círculos restaurativos, podendo ser utilizada em alguma fase de aplicação de um dos métodos, e se houver pertinência e aceitação das partes. Segue quadro sobre abordagens e formas de resolução dos conflitos:

Quadro 1 - Abordagens e Forma de Resolução de Conflitos



Fonte: MOORE,1998

Quanto aos métodos, eles vão dos mais consensuais, nos quais existe um maior controle dos envolvidos quanto aos resultados, e, à medida que existe uma maior intervenção de uma terceira pessoa, os envolvidos delegam a este sujeito o controle sobre o resultado-sim, e maior grau de adversariedade até se chegar à via judicial.

Quanto aos métodos, a negociação é a habilidade que sustenta todas as formas de resolução de conflitos. É o método mais consensual. Assim, em linhas gerais, a negociação é adequada quando: 1) houver possibilidade de diálogo entre as partes envolvidas; 2) a autocomposição for admitida; 3) o diálogo entre as partes não estiver fragilizado ou interrompido, não sendo necessária a intervenção de um terceiro parcial – por exemplo, um advogado que conduz a negociação visando a representação e interesses de seu cliente - ou terceiro imparcial - conciliador ou mediador -, facilitador da comunicação entre as partes; 4) possibilitar as partes continuar, suspender, abandonar ou recomeçar as negociações; 5) permitir que os envolvidos cheguem ou não a um acordo e tenham o total controle do resultado. Por terem total domínio, as partes podem determinar como se dará a negociação, desde o momento, local, ordem de discussão das questões, bem como pode abranger valores ou questões diretamente ligadas com o conflito, podendo variar quanto à

matéria e à forma, visto que todos os aspectos devem ser considerados relevantes e negociáveis.

A negociação é a forma mais comum de resolução já que é a mais informal e faz parte do cotidiano. Nela, as partes propõem alternativas e soluções, defendendo, sem a intervenção de terceiros, seus interesses pessoais. Não existe uma definição de negociação. De acordo com Bernard Mayer (p.142), "negociação é uma interação na qual as pessoas buscam satisfazer suas necessidades ou atingir seus objetivos por meio de acordos com outras pessoas que também buscam a satisfação de suas necessidades".

Existem formas de negociação: a posicional e a baseada em interesses (FISHER; URY; PATTON,1994). Na Negociação Posicional - como o próprio nome indica - uma das partes se apegam a uma posição cedendo o mínimo possível. Já na Negociação Baseada em Interesses, as partes comunicam diretamente seus objetivos encarando a negociação como uma oportunidade para encontrar entendimento e cooperação. Esta última modalidade proporciona uma maior liberdade nos acordos, permitindo propostas de solução criativas e com melhores resultados para ambas as partes.

Se a negociação for difícil de iniciar ou tiver iniciado e chegado a um impasse, as partes podem utilizar uma ajuda externa. A Mediação, ou Conciliação, é um prolongamento ou aperfeiçoamento do processo de negociação, embora cada uma possua suas particularidades, que envolve a interferência de uma aceitável terceira parte, que tem um poder de tomada de decisão limitado ou não autoritário. Este terceiro ajuda as partes a chegarem, de forma voluntária, a um acordo mutuamente aceitável, podendo propor possibilidades, ou não, a depender do método escolhido.

A Conciliação é um processo autocompositivo que será adequado quando: 1) houver possibilidade de diálogo entre as partes envolvidas, embora o fluxo comunicacional esteja interrompido; 2) a autocomposição é admitida; 3) existe a atuação de um terceiro imparcial (conciliador) que, de forma ativa, contribui para a

solução do conflito mediante a apresentação de propostas de acordo; e 4) o conflito estiver inserido no contexto de uma relação circunstancial.

Por relações circunstanciais, ou seja, pontuais ou findas, entende-se como aquelas nas quais a continuidade do vínculo entre as partes envolvidas não é tão importante, restringindo-se à resolução da controvérsia por meio de acordo, sendo desnecessário um trabalho de preservação do diálogo e da convivência entre os envolvidos, como ocorre com a mediação.

A Arbitragem é um método heterocompositivo no qual as partes ou interessados, por livre manifestação de vontade, realizada através de convenção privada, atribuem a terceiro particular neutro ou a Câmara Arbitral privada a responsabilidade pela condução e prolação de decisão (sentença arbitral) visando encerrar a disputa. Como regra, ouvem-se testemunhas, analisam-se documentos e os árbitros estudam os argumentos dos advogados das partes antes de tomar a decisão. É um meio sigiloso e célere, contudo, oneroso e que tem também como característica a coercibilidade e capacidade de pôr fim ao conflito já que não possibilita recursos.

A Arbitragem também pode ser considerada um jogo de soma não-zero. Diferente do processo judicial onde os pedidos não podem ser alterados à medida que o processo de negociação do caso evolui, a não ser nas exceções previstas no CPC, na Arbitragem, as partes podem acordar em suas regras procedimentais o acréscimo ou retirada de pedidos. Ou seja, não há uma relação de perde-ganha, necessária no processo judicial contencioso, já que, neste método, é possível estabelecer uma relação de ganha-ganha na qual os indivíduos podem acrescentar valor à relação.

Importante destacar também que, preferencialmente, a Arbitragem deve se estabelecer entre partes hipersuficientes devido aos seus custos elevados. Se o procedimento for estabelecido entre uma parte hipossuficiente e uma hipersuficiente, a imparcialidade do árbitro pode ser questionada, tendo em vista que a parte hipersuficiente provavelmente arcaria com parte considerável dos custos, sendo o responsável pela remuneração do árbitro, o que configuraria um jogo de soma zero.

No caso da Mediação, esta pode ser compreendida como uma negociação facilitada por um terceiro. Nela o terceiro é uma parte neutra que procura facilitar a negociação entre as partes do conflito, habilitando-as a compreender suas posições e a encontrar soluções que abarquem seus interesses e necessidades. Aqui as partes renunciam a parte do controle, mas possuem mais domínio do que teriam em um processo judicial.

Em artigo publicado no “*Program On Negotiation*” da Harvard Law School, a autora Katie Shonk (2022) listou sete diferentes tipos de mediação existentes para ajudar as partes a resolverem seus conflitos, sendo elas: a Mediação Tradicional, ou facilitadora; a Mediação Judicial; a Mediação Avaliativa; a Mediação Transformativa; Med-Arb; Arb-Med; e a *e-Mediação* ou mediação Online/Virtual.

No caso da Mediação Tradicional ou Facilitadora, o terceiro/mediador tenta facilitar a negociação entre as partes no conflito a fim de que alcancem suas próprias soluções, explorando seus verdadeiros interesses. Já na Mediação Avaliativa, o mediador faz mais recomendações, expressa suas opiniões em relação ao conflito, ajuda as partes a entenderem o mérito de seus argumentos e fazerem determinações.

Na Mediação Transformativa, os mediadores focam em empoderar os envolvidos em resolver o seu conflito e encorajá-los para reconhecer as necessidades e os interesses da outra parte. Visa transformar as partes e as relações através de um processo de aquisição de habilidades necessárias para construção de mudanças. É um processo mais profundo, que extrapola o próprio conflito no caso concreto.

Também, existem os modelos híbridos Med-Arb e Arb-Med. No caso da Med-Arb (Mediação-Arbitragem Híbrida), primeiro as partes firmam um acordo estabelecendo as condições, e que o resultado do procedimento será vinculante. Caso as partes não acordem durante a mediação, o passo seguinte é o início de um procedimento arbitral em que haverá uma decisão obrigatória – que pode ser por um julgador ou colegiado – para as partes. Na Arb-Med (Arbitragem-Mediação Híbrida), o

árbitro, primeiro, recebe os argumentos dos litigantes em um processo de arbitragem. Após, o referido prolata uma decisão que não é apresentada para as partes. Em seguida, é instaurado um procedimento de mediação entre os litigantes. E, somente caso não haja uma composição entre as partes, a decisão do árbitro é apresentada para os envolvidos. Importante destacar que o mediador não pode alterar a sua decisão prévia com base em novos fatos que aparecerem ao longo da mediação.

Existe ainda a possibilidade de *e-Mediation*, ou Mediação Online/Virtual, que ganhou grande destaque desde o início da pandemia gerada pelo vírus da Covid-19. A *e-Mediation* pode ser um sistema de resolução de conflito online completamente automatizado, sem nenhuma interação com uma terceira parte, ou ser intermediada por um terceiro que interage com as partes em ambiente virtual. A *e-Mediation* se assemelha com a mediação facilitadora ou tradicional, porém realizada à distância.

E, por último, a Mediação, mesmo sendo um método que exige a voluntariedade das partes, pode se dar no curso de um processo judicial. O Código de Processo Civil brasileiro prevê a possibilidade de conciliações e mediações no curso de processos judiciais, inclusive durante a fase de execução. Com isso, o legislador e o Judiciário procurar fomentar uma cultura diferente daquela anteriormente incentivada e que traga efetivamente a sensação de justiça e pacificação para as partes envolvidas.

No caso das demandas que tratam da relação médico-paciente, paciente-médico, profissionais de saúde, entre outras relações na área de saúde, é necessário um olhar atento do gestor de conflitos, a fim de que saiba fazer a melhor análise dos fatos para a realização do diagnóstico, escolha dos melhores métodos e ferramentas, e a execução destes.

É sabido que muitas demandas na área de Direito Médico e da Saúde são altamente complexas e específicas, o que reforça ainda mais a necessidade de pessoas qualificadas para a gestão destas situações. Isso ocorre, pois, mesmo sendo a relação médico-paciente, via de regra, de trato sucessivo, se sabe que, na atual

dinâmica com o Sistema Único de Saúde (SUS), planos de saúde, e alta rotatividade, estas relações podem se dar de forma circunstancial, o que, a depender do caso concreto e a depender das partes, pode ser mais recomendado a adoção de um método ao invés de outro.

4. DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE, SUA EVOLUÇÃO E A JUDICIALIZAÇÃO.

Nos primórdios da Medicina, o profissional da saúde estava estritamente ligado à religião. Havia uma concepção de que o enfermo estava sob as mãos de divindades, não cabendo ao médico as consequências das decisões tomadas, já que era um “instrumento” divino, uma espécie de sacerdote envolto de poder sobre os corpos.

Mais tarde coube à Hipócrates o distanciamento das práticas místicas, a racionalização da Medicina e a consequente abertura ao saber científico. Nessa nova visão, a posição do médico era voltada ao conhecimento de tudo o que por ele era feito, não sendo mais visto como instrumento dos deuses. No entanto, manteve a característica normativa, pois permanecia a relação de poder entre o médico e paciente, havendo apenas uma alteração para o poder paternalista.

Assim, por reiterados séculos, a relação entre médico-paciente foi exercida de modo que cabia apenas aos profissionais a tomada de decisões acerca da saúde do seu paciente. A visão era de que a Medicina era exercida segundo os critérios da beneficência, pelo que as decisões do médico sempre seriam tomadas em prol da saúde do paciente, não carecendo de sua prévia anuência.

Ou seja, não havia uma autonomia do paciente – já que esse não era detentor das técnicas e saberes médicos, ocupando uma posição inferior ao do profissional, não estando apto a tomar decisões sobre a sua saúde. Entretanto, esse tipo de relação não se faz mais presente, cedendo espaço para “novos direitos” (BERGSTEIN, 2013).

Somado a isto, tem-se o fenômeno da massificação das relações sociais e surgimento de novas tecnologias, de modelos de prestações de serviço diferentes do médico de família e outros exercícios da Medicina contínuos e mais próximos, o que, aos poucos, foram tornando essa relação médico-paciente cada vez mais distante e menos pautada na confiança irrestrita.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) debateu pela primeira vez, em 2002, a redução de danos e mortes causados por erros evitáveis durante o tratamento médico. De acordo com os seus documentos e estudos de pesquisadores, as chamadas “falhas assistenciais” resultam do excesso de horas de trabalho, da formação deficiente dos profissionais da saúde, de procedimentos de segurança não seguidos e da comunicação ineficiente em dois níveis, entre a equipe médica e desta com os pacientes.

Na nossa atual sociedade, cada vez mais o paciente tem questionado a conduta dos profissionais médicos, evidenciando sua autonomia como fator elementar em determinadas situações. Assim, a roupagem da relação médico-paciente tem cada vez mais se modificado, saindo daquele modelo paternalista e passando a ter um compartilhamento de decisões entre os sujeitos envolvidos.

A comunicação entre a equipe, e entre estes e os pacientes interfere - e muito - nas causas de conflitos na área e a sua judicialização demanda alta produção probatória, perícias técnicas, entre outros desgastes que, ao final das contas, não consegue devolver o acesso de justiça esperado da pessoa que busca o Judiciário para uma solução (FIORAVANTI, 2020).

Diante do exposto, é evidente a importância da comunicação entre médico-paciente e como o bom diálogo é capaz de evitar conflitos. Entretanto, nem sempre é possível evitar desentendimentos e, nesses casos, a judicialização médica nem sempre é a melhor alternativa, visto que não se trata de uma situação de acesso à justiça, mas de resolução de conflito.

5. A MEDIAÇÃO É O MÉTODO ADEQUADO PARA TRATAR DEMANDAS EM DIREITO MÉDICO?

O sistema judiciário brasileiro - como se sabe - é moroso e oneroso. Por isso, a judicialização da medicina resulta em processos demorados, devido à complexidade e procedimentos necessários, como perícias médicas para comprovar o alegado pelo paciente.

O parágrafo único, art. 1º, da Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação), considera *“mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”*.

Assim, a busca pelo efetivo sentido de justiça perpassa por alternativas extrajudiciais para a resolução de conflitos entre médicos e pacientes. Uma dessas é a Mediação, que, preferencialmente, deveria ser realizada por um mediador com especialização em Direito Médico, que tem conhecimento das particularidades dessa relação. A Mediação é um método de solução extrajudicial em que um terceiro, mediador, é contratado para prestar serviços com vistas a restabelecer a comunicação entre as partes, no caso em análise, médico e paciente. A Mediação não tem por fim exclusivo um acordo extrajudicial, mas, caso esse seja da vontade das partes, terá força de título executivo ou até mesmo de sentença, se homologado pelo juiz. (LEMES, 2018).

A Mediação pode ser uma via de resolução de conflitos adequada quando: 1) houver a possibilidade de diálogo entre as partes; 2) a autocomposição for admitida; 3) o conflito estiver inserido em contexto de relação continuada; 4) demandar a participação de um terceiro neutro (mediador) que buscará o restabelecimento da comunicação entre as partes, identificará os interesses, posições, e, através da utilização de ferramentas, buscará trazer à tona o que precisa ser validado. Assim, o diálogo entre as partes será facilitado e as pessoas envolvidas estarão mais abertas para a autorreflexão e a prática da escuta ativa.

Conforme pontuado no art. 2º da referida lei, a Mediação possui como princípios: 1) a imparcialidade do mediador, ou seja, este não atua na intenção de favorecer os interesses de uma das partes; 2) isonomia entre as partes; 3) oralidade, pois somente é reduzido a termo o necessário, inclusive, quando da mediação resultar um acordo; 4) informalidade; 5) autonomia da vontade das partes, na qual elas têm total liberdade para propor alternativas, negociar e aceitar; 6) busca do consenso, pois o objetivo principal da mediação não é o acordo, mas, sim, o restabelecimento da comunicação perdida; 7) confidencialidade, ou seja, o que é tratado na mediação não pode ser utilizado contra a parte, trazendo segurança para o caso de ausência de acordo - inclusive, por dever ético, ao mediador é proibido prestar qualquer informação das mediações que tenha participado, mesmo se convidado a depor -; 8) boa-fé, ou confiança quanto ao uso das informações e dos conhecimentos adquiridos durante a(s) sessão(ões), acordando os participantes, na abertura, sobre a maneira de como se dará, gerindo a confidencialidade.

A confidencialidade da Mediação é uma característica diferencial para conflitos do tipo, pois os assuntos ali tratados não podem ser utilizados contra uma das partes em processo judicial, sendo a mediação judicial ou extrajudicial. E, mesmo que optando pela mediação, essa não tem força de vincular as partes, que podem desistir a qualquer momento e retornar ao Judiciário. Portanto, a Mediação Extrajudicial surge como uma opção mais barata, mais rápida e mais respeitosa para as partes, que conseguem expor suas dores e se sentirem ouvidos. A partir desse momento, em que o diálogo é restabelecido, o mediador é autorizado a conduzir a conversa para buscarem todos juntos uma solução mais justa. (LEMES, 2018).

O objetivo do mediador é, através de ferramentas, trazer à tona o não dito e conscientizar as partes das causas e possibilidades ante o conflito. Com as perguntas - uma das ferramentas possíveis de aplicação - coloca-se em prática a maiêutica socrática, provocando a reflexão e fazendo as partes envolvidas flexibilizarem suas posições e as auxiliando na identificação de seus reais interesses. A partir disso, o mediador percebe o que precisa ser dialogado, mas sem julgar ou propor alternativas

a fim de que as pessoas envolvidas no processo se sintam seguras em compartilhar as informações, em colaborar no processo, e elas mesmas indicarem proposições para os conflitos existentes.

O indivíduo só é acessado se sentir-se seguro. Porém, ele sempre será, e se sentirá mais seguro consigo mesmo. Aqui registra-se que tanto o paciente quanto o médico, já que ambos são sujeitos que, no decorrer de sua vida passaram por experiências que incutiram impressões e respostas ante a determinadas situações vividas, ou que possam vir a experimentar.

Então, na Mediação é muito importante que as partes sejam empoderadas para que elas vejam que são capazes de trazer alternativas para a solução do conflito, não precisando delegar tal poder a um terceiro. Ele deve sentir segurança em si mesmo, depois sentir segurança no mediador, para depois possibilitar o diálogo, e - quem sabe - se iniciar uma negociação que possa vir a pôr fim no conflito existente.

Nos conflitos em Direito Médico, tal segurança, empoderamento, se mostra bastante importante, pois – ao se tratar de questões relativas à relação médico-paciente-, pode ainda ser identificada, uma fragilidade do paciente, dos familiares, que, até pelo contexto de saúde, tira a consciência da real situação. Assim como o médico pode se sentir ameaçado, compelido, e com medo diante de uma situação que, se compartilhada com o paciente/familiares, poderia ter evitado eventual divergência. Enfim, vê-se que, como em qualquer conflito, são dos ruídos de comunicação, das diferentes formas de interpretação do que se é comunicado, das expectativas que são criadas que se originam os conflitos, sendo que, no caso dos conflitos médicos, tem-se um ingrediente considerável que é a saúde de um indivíduo que pode vir a ser impactada.

É importante registrar que a diferença entre este método, a mediação, e a conciliação não é o fato de se tratar de uma relação contínua ou não, mas, sim, as formas de atuação da terceira pessoa que auxiliará as partes na busca de um consenso. No caso, na Mediação, o mediador aplicará ferramentas a fim de que provoque as partes a refletirem sobre a situação, a tomarem consciência, e a elas

mesmas pensarem e proporem opções para o caso. No caso da Conciliação, existe uma maior intervenção do terceiro, do conciliador, já que é possibilitado a ele, além do uso das ferramentas, propor alternativas para resolução do caso, atuar de uma forma mais ativa, podendo trazer outras opções que não estavam sendo vistas naquele momento pelas pessoas afetadas pelo conflito.

No caso dos conflitos na relação entre médicos-pacientes, a Mediação Transformativa se mostra muito interessante, contudo, não se pode deixar de registrar que o método a ser aplicado dependerá muito das partes e da sua disponibilização no processo. Assim, mesmo que o mais indicado seja uma mediação, se para as partes, no caso concreto, for melhor uma Conciliação, ou uma arbitragem, quem somos nós para dizer que não pode ser realizada desta maneira.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Falar da relação médico-paciente é falar de cuidado em saúde. No caso, muito embora existam delimitações éticas na relação profissional/paciente, de forma geral, a construção dessa relação não é preestabelecida, sendo feita de forma mútua, muitas vezes contínua, ou não, sendo própria das subjetividades decorrentes da condição humana. Afinal, as pessoas sentem e vivenciam as situações de formas diferentes, mesmo que haja uma normatização ou protocolo de conduta.

Ademais, a relação médico-paciente é uma das mais efetivas formas de demonstração da humanização da técnica médica. Isso porque é ao tratar diretamente com o paciente que o profissional passa a se envolver com as necessidades deste, de modo que seja possível a prescrição daquilo que o paciente necessita e, também, criar um vínculo de respeito e empatia.

Essa é uma relação que exige certa confiança entre as partes e a assunção da responsabilidade do profissional em garantir o bem-estar do seu paciente. Nesse sentido, o Código de Ética Médica (CEM), na busca pelo melhor relacionamento entre

médico e paciente, entre os seus princípios, pontua o exercício da Medicina com honra e dignidade, tendo boas condições de trabalho encontrando um ambiente apaziguado e de confiança, onde possa aplicar o que de melhor ensina a literatura médica.

Por conta disso, existem expectativas diversas que, muitas vezes, não são alcançadas, não por descaso do profissional, mas, sim, em decorrência das particularidades de cada um, de uma comunicação deficiente, dentro outros. Não há como dimensionar de forma exata e específica aquilo que o outro espera das nossas ações, mas numa relação de cuidado é sempre necessária uma escuta atenta e qualificada.

E, desta convivência entre indivíduos que não são iguais pode, muitas vezes, ocasionar conflito. E, se a comunicação entre eles falhar, a possibilidade de ter resultados negativos pode ser grande. Assim, quando, mesmo havendo divergências, as partes envolvidas conseguem expor seus pontos de vista e ouvir ativamente o outro, é possível que a situação conflitante seja minimizada e de fato possa proporcionar experiências positivas.

Os médicos, bem como os demais profissionais de saúde, não são máquinas despidas de subjetividades. São pessoas com histórias, sentimentos e limitações, tais como o paciente e seus familiares. Isso deve ser considerado ao se analisar, diagnosticar, escolher um método, e a sua execução, pois, de uma forma ou de outra, o indivíduo estará por inteiro no conflito, e suas experiências de vida interferir, em alguma medida, na demanda pendente de resolução.

Assim, pela própria complexidade da área nos conflitos que envolvem direito médico, o ideal seria um terceiro com capacidade técnica no método, que seja familiarizado com o vocabulário e cenário, conhecendo da dinâmica do setor de saúde para uma boa interação com as partes, a fim de que o restabelecimento da comunicação e construção de toda a dinâmica ocorra de forma plenamente cooperativa e consciente pelas partes, que as partes encontrem um ambiente onde seja possível desnudar-se de seus medos – que, muitas vezes, não condizem com a

realidade do caso em questão. Quanto ao método, não é possível delimitar o melhor método baseado na sua área de origem. O ideal é sempre partir para uma análise personalizada que perpassa, principalmente, pela colaboração das partes que sempre ditarão, de forma consciente ou não, o melhor caminho a ser feito na busca de uma pacificação do caso.

Sim, dentre os métodos, a Mediação, principalmente a Transformativa, se mostra como uma boa alternativa para conflitos do tipo, já que suas características trazem a segurança para adesão ao método, que, muitas vezes, falta quando o conflito já existe. Discorda-se ainda Discorda- do fato da Mediação sempre ser associada a relações de trato sucessivo, e como, na maioria das vezes, a relação de médico-paciente se dá desta forma, as pessoas supõem que o método correto é a Mediação. Contudo, caso não haja o interesse na manutenção da relação, as partes não se sintam aptas, ou qualquer outro motivo particular que os impeça, pode e deve ser ofertado outros métodos e ferramentas capazes de colaborar para a resolução da demanda.

A sensação de paz, de justiça, variará de pessoa para pessoa. Assim, podem existir visões diferentes do conflito, opiniões diversas de como deveria se dar a sua resolução. Para os advogados e gestores de conflitos cabe reconhecer os dois mundos existentes nas polaridades de uma relação conflituosa que precisam ser detectados em suas necessidades, identificar os valores feridos e buscar com que cada vez mais os indivíduos controlem os resultados dos conflitos que se encontrem envolvidos, trazendo opções para a resolução.

No contexto da relação médico-paciente, sabe-se, via de regra, existe uma grande carga emocional, como nos conflitos familiares. No entanto, é preciso que cada situação seja olhada de forma particular a fim de que o método mais adequado para o caso concreto seja utilizado.

A Mediação é sim um ótimo método, e tem mostrado excelentes resultados em conflitos do tipo. Entretanto sabe-se que um mesmo remédio utilizado de forma

errada, ou na dose inadequada pode ser veneno. É preciso, portanto, capacitação dos profissionais para a gestão adequada dos conflitos, com o objetivo de que os métodos e ferramentas sejam aplicados com inteligência e contribuam para uma menor litigiosidade, diminuição de demandas judiciais e efetiva sensação de justiça e paz.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALMEIDA, F. P. L de. **A teoria dos jogos**: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. Disponível em: < <https://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos/>>. Acesso em: 10.03.2022.

BARROS, M. E. B.; GOMES, R.S. Humanização do cuidado em saúde: de tecnicismos a uma ética do cuidado. **Fractal Revista Psicologia**, Rio de Janeiro, v. 23 n. 3, p. 641-58, 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-02922011000300013&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 04 mai. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> . Acesso em: 15.06.2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/resolucao_125_29112010_23042014190818.pdf>. Acesso em: 15.06.2022.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 15.06.2022.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim** - Negociação de Acordos sem Concessões. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2ª ed. Revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1994.

CNJ, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Manual de Mediação Judicial**. 5ª Edição. Ano 2015.

LEMES, Vanessa. Como a mediação sistêmica pode auxiliar as partes na judicialização da medicina? *In: Como a mediação sistêmica pode auxiliar as partes na judicialização da medicina?*. [S. l.], 2018. Disponível em: Jusbrasil. Acesso em: 24 jun. 2022.

MAYER, Bernard. **The Dynamics of Conflict Resolution**. San Francisco, 2000: Jossey Bass. P. 142.

Moore, Christopher W. (1998). **O Processo da Mediação**. Porto Alegre: Editora Artmed

OLIVEIRA, C. V. DE. **Judicialização Da Medicina No Brasil**: Uma Análise Críticopositiva de um Problema Persistente Sob a Ótica da Bioética de Intervenção. Tese (Doutorado em Bioética) – Universidade de Brasília. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/31962/5/2017_CamilaVasconcelosdeOliveira.pdf>. Acesso em: 10.03.2022.

PORTO, C. C. **Semiologia médica**. 5.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005.

SHONK, Katie. **Types of Mediation: Choose the Type Best Suited to Your Conflict**. Disponível em: <
<https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/types-meditation-choose-type-best-suited-conflict/>
>. Acesso em: 10.03.2022.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VAN DER MOLEN, H.T.; LAN, G. Habilidades da consulta na escuta médica. In: LEITE, Á. J. M.; CAPRARA, A.; COELHO FILHO, J. M. (Orgs.). **Habilidades de comunicação com pacientes e famílias**. São Paulo: Sarvier, 2007. p. 47-66.