

MARIO JORGE WARDE FILHO

**Arbitragem como forma de resolução de
controvérsias entre médico e paciente**

Tese apresentada à Faculdade de Medicina da
Universidade de São Paulo para obtenção do
título de Doutor em Ciências

Programa de Ciências Médicas

Área de concentração: Educação e Saúde

Orientadora: Profa. Dra. Maria do
Patrocínio Tenório Nunes

Coorientador: Prof. Dr. Flávio Luiz Yarshell

(Versão corrigida. Resolução CoPGr 6018/11, de 13 de outubro de 2011. A versão original está disponível na Biblioteca da FMUSP)

São Paulo

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Preparada pela Biblioteca da
Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo

©reprodução autorizada pelo autor

Warde Filho, Mario Jorge
Arbitragem como forma de resolução de
controvérsias entre médico e paciente / Mario Jorge
Warde Filho. -- São Paulo, 2021.
Tese (doutorado)--Faculdade de Medicina da
Universidade de São Paulo.
Programa de Ciências Médicas. Área de
Concentração: Educação e Saúde.
Orientadora: Maria do Patrocínio Tenório Nunes.
Coorientador: Flávio Luiz Yarshell.

Descritores: 1.Profilaxia jurídica 2.Mediação
3.Arbitragem 4.Saúde 5.Relações médico-paciente
6.Negociação

USP/FM/DBD-048/21

Responsável: Erinalva da Conceição Batista, CRB-8 6755

JORGE DA CAPADÓCIA

*Eu estou vestido com as roupas e as armas de Jorge,
para que meus inimigos tenham pés e não me alcancem,
para que meus inimigos tenham mãos e não me toquem,
para que meus inimigos tenham olhos e não me vejam,
e nem mesmo pensamento eles possam ter para me fazerem mal.*

*Armas de fogo meu corpo não alcançarão!
Facas e espadas se quebrem sem o meu corpo tocar!
Cordas e correntes se arrebentem sem o meu corpo amarrar!*

Pois eu estou vestido com as roupas e as armas de Jorge.

Salve Jorge!

Dedicatoria

Aos queridos familiares, amigos e professores que muito fizeram e me apoiaram mesmo nos difíceis momentos da vida, reservo-me a prestigiá-los no próximo capítulo, os Agradecimentos.

Neste capítulo, ofereço todo o espaço ao verdadeiro responsável por tudo que sou hoje.

Como num ato confessional, solene e público, agradeço a você, oponente jurídico de tantos anos. Ardiloso ácido que corroeu meu ego, minha autoimagem, minha autoestima e por um período, a crença em mim mesmo.

A você que foi minha energia impura. Energia orgânica. Energia fóssil. Gasolina. Contudo, eficaz e propulsante.

Agradeço-lhe por ter me tornado o homem que sou. Por ter feito com que eu mudasse minha vida para onde ela deveria realmente estar.

A você, meu oponente, que fez com que eu perdesse amizades importantes, mas abriu a porta para que eu expandisse minha família.

Fez com que eu perdesse muito, mas ganhasse o infinito.

Seria uma infâmia não citá-lo neste documento no qual você sem dúvida teve vital participação.

Muito obrigado Senhor J.H.P.

Esta Tese é uma dedicatória a um dos principais personagens na história da minha vida: você.

Agradecimientos

Talvez, iniciar pelo início: a pronta e inestimável resposta do Professor Dr. Flávio Luiz Yarshell, Professor Titular da cadeira de Direito Processual da FDUSP, ao responder um e-mail audacioso de um médico e estudante de direito, a quem não conhecia. Grato pela orientação, amizade, paciência e carinho. Porém, gratidão especial por ter acreditado em mim e neste projeto. Muito obrigado.

Ao Professor Dr. Milton Arruda Martins que, como Professor Titular do Departamento de Clínica Médica do HC-FMUSP, abriu instantaneamente as portas para que, assim como todos os assuntos pertinentes às Humanidades Médicas, este trabalho fosse acolhido e muito bem-vindo. Muito obrigado.

À Professora Dra. Maria do Patrocínio Tenório Nunes, pelo crédito imediato e pela crença incontestada no projeto. Também por ter aberto a porta do Departamento de Clínica médica a assuntos médico-legais e jurídicos, tão necessários para a graduação e para a residência médica. Que as próximas gerações de estudantes tenham esta oportunidade inafastável. Muito obrigado.

Ao Ricardo Tapajós. Caco... my life Companion... sem seu suporte, nada feito! Espero um dia poder retribuir tanta atenção, carinho e paciência! Muito obrigado.

Mariana, Sofia e Flavio. Vocês viram? Acabei este projeto. Fui até o final... estou certo de que estão pasmos! E por isso, muito obrigado.

*À Marlene Sartini Warde, mãe e vovó Piu, por nunca ter deixado meu
caminho sem a luz do Menino Jesus de Praga.*

Muito obrigado.

*Aos meus irmãos de sangue e de vida. Às minhas famílias de sangue e de
vida. A todos vocês...*

Muito obrigado.

Epígrafe

"Todo começo é aleatório"
(Jacques Derrida)

Normatização Adotada

Esta tese está de acordo com as seguintes normas, em vigor no momento de sua publicação: Referências: adaptado de International Committee of Medical Journals Editors (Vancouver)

Universidade de São Paulo. Faculdade de Medicina. Divisão de Biblioteca e Documentação. Guia de apresentação de dissertações, teses e monografias. Elaborado por Anneliese Carneiro da Cunha, Maria Julia de A.L.Freddi, Maria F. Crestana, Marinalva de Souza Aragão, Suely Campos Cardoso, Valéria Vilhena. 3a ed. São Paulo: Divisão de Biblioteca e Documentação; 2011.

Abreviaturas dos títulos dos periódicos de acordo com List of Journals Indexed in Index Medicus.

Sumário

	Pág.
Resumo	
Abstract	
Apresentação e delimitação do tema.....	
Proposta e objetivo.....	
Capítulo 1.....	23
1 A judicialização de conflitos sobre prestações de serviços médicos e a tutela Estatal.....	24
1.1 A segurança do paciente e o erro médico.....	24
1.2 Protocolos de segurança do Paciente.....	25
1.3 Obrigação de meio, de fim e de garantia.....	26
1.4 O médico processado.....	32
1.4.1 Da publicidade.....	37
1.4.2 Morosidade.....	41
1.4.3 Especificidade da relação.....	44
1.4.4 Custos.....	46
1.5 A relação médico-paciente em nossos dias.....	50
1.5.1 Contrato de prestação de serviços medicos.....	51
1.5.2 Medicina defensiva e o afastamento médico-paciente.....	53
Capítulo 2.....	58
2 Formas de resolução de conflitos fora da tutela estatal.....	59
2.1 Mediação e conciliação na saúde.....	63
Capítulo 3.....	69
3 A arbitragem como método.....	70
3.1 A relação com o direito material.....	71
3.2 A relação com o direito processual.....	72
3.2.1 Relação com normas e princípios.....	72

3.2.2	Relação com o processo judicial	73
3.3	A necessidade de arbitrar apenas direitos disponíveis.....	74
3.4	Princípio e pressuposto e do processo arbitral: a autonomia da vontade.....	78
3.5	Breve exposição sobre o devido processo legal arbitral.....	79
3.6	A efetividade do processo arbitral.....	79
3.7	O termo de arbitragem.....	80
3.8	Exposição/Sigilo.....	83
3.9	Celebridade.....	85
3.10	Conhecimentos técnicos do julgador.....	86
3.11	Custos.....	88
3.12	Julgamento por Equidade.....	89
3.13	Fase probatória.....	90
3.14	Conteúdo dos Contratos Arbitrais	91
3.15	Contratos de Consumo e o Código do Consumidor (CDC).....	92
	Capítulo 4.....	96
4	A escolha do método.....	97
	Capítulo 5.....	102
5	A aplicabilidade do método arbitral nas disputas médico paciente.....	103
5.1	Da real aplicabilidade da Arbitragem no Brasil e no Mundo.....	104
	Capítulo 6.....	109
6	Conclusões e perspectivas.....	110
6.1	Conclusões.....	110
6.2	Impressões do Autor e Perspectivas.....	112
	REFERÊNCIAS.....	120

Resumo

Warde Filho MJ. *Arbitragem como forma de resolução de controvérsias entre médico e paciente* [tese]. São Paulo: Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo; 2021.

Com a melhora da informação e do conhecimento, o paciente deixa de ser parte passiva no relacionamento médico paciente, sendo a cada dia mais contestador e argumentativo a respeito de seus diagnósticos e terapêuticas instituídas. Parte destes questionamentos, principalmente no que diz respeito a intercorrências médicas, acaba por desgastar esta relação, fenômeno que tem sido descrito como um potencializador na judicialização dos conflitos médicos no Brasil, assim como em parte do mundo. Com esta trajetória, assistiu-se de perto a um afastamento nessa relação médico-paciente, não apenas com um público geral mais desconfiado das prestações de serviços, mas também um médico mais desgastado, com posturas defensivas, hiperespecializado e conseqüentemente mais técnico e formalista do que humano e empático. O reforço na informação médica e na comunicação entre as partes é um sinalizador forte do que se pensa de uma profilaxia jurídica nas prestações de serviços médicos. Ainda assim, intercorrências acontecem, e posturas diversas existem frente ao ocorrido. Nesses casos, temos hoje a possibilidade de contar com um grande sistema jurídico dito "multiportas", capacitado a abrigar a contingência necessária, a depender do diagnóstico nas relações entre as partes, para uma terapia jurídica adequada a cada situação em particular. Tal "terapia jurídica" pode dar-se por autocomposição, como os consagrados métodos de mediação ou conciliação, já não estranhos à área da saúde, ou por métodos heterocompositivos, e, entres estes, a já conhecida tutela Estatal e a Arbitragem, cuja aplicabilidade na resolução de controvérsias entre médicos e pacientes desenrola-se no vigente trabalho. Antes sendo encarada como método apenas "alternativo" de jurisdição à Estatal, a Arbitragem hoje, cada vez mais utilizada em outros países, como EUA e Coréia do Sul, na área da saúde, como possibilidade privada de resolução de litígios nesta mesma área, é absolutamente aplicável e compatível com as leis nacionais brasileiras, como a Lei 9.307/96 - Lei de Arbitragem de 1996 - e à Lei 13.129/2015 - complemento à Lei de 1996, que trouxe como possibilidade o método arbitral em controvérsias com a Administração Pública.

Descritores: Profilaxia jurídica; Mediação; Arbitragem; Saúde; Relações médico-paciente; Negociação.

Abstract

Warde Filho MJ. *Applicability of arbitration as a method of resolution of disputes between physicians and patients* [thesis]. São Paulo: “Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo”; 2021.

Highly empowered by knowledge and available information, patients are no longer a passive part of the patient-physician relationship, but rather become more and more challenging and argumentative about their diagnoses and prescribed therapies. Part of the issues, especially when it comes to medical complications, may fragilize this relationship, a phenomenon that has been described to enhance judiciary litigation against physicians in Brazil, as well as in part of the world. (With this trajectory, there was a distance in this medical relationship). In this perspective, a wedge has been placed within the patient physician relationship, delineating on one side a general public more suspicious of the services provided, and on the other side, a more worn-out doctor, with a defensive stance, hyper- specialized and consequently more technical and formalistic than humane and empathic. The reinforcement of medical information and communication between the parts is a strong signal of what is thought of as legal prophylaxis in the provision of medical services. Even so, complications do occur, and different attitudes do exist in face of what may have happened. When this happens, one can count on a large legal system called "multi-doors", able to accommodate the necessary contingency, depending on the diagnosis in the relations between the parts, for a legal therapy appropriate to each particular situation. Such "legal therapy" can occur by self-composition, as are the established methods of Mediation and Conciliation, no longer foreign to the health area, or by heterocompositive methods, among which, the already well-known methods of judicial adjudication and Arbitration, whose application to the resolution of controversies between physicians and patients is the object of this current work. Before being seen as only an “alternative” method of jurisdiction to the State, Arbitration today, increasingly used in other countries, such as the USA and South Korea in the area of health, as a private possibility of resolving disputes in this area, is absolutely applicable and compatible with Brazilian national laws, such as Law 9.307 / 96 - Mediation and Arbitration Law 1996 - and Law 13.129 / 2015 - complement to the 1996 Law, which brought the arbitral method into dispute with Public Administration as a possibility.

Descriptors: Legal prophylaxis; Mediation; Arbitration; Health; Physician-patient relationship; Negotiating.

Apresentação e delimitação do tema

Controvérsias de todas as ordens são submetidas aos tribunais do Estado, que superpovoado de processos, sobrecarrega julgadores e funcionários públicos, acarretando em alargamento do período analítico e solução das controvérsias, o que acaba desgastando todas as partes envolvidas.

Sendo assim, é fato que os ditos métodos alternativos de solução de conflitos, que são os “extrajudiciais”, como a Mediação e a Arbitragem, ganham notoriedade crescente no Brasil, desde que timidamente foram postos em pauta em meados dos anos de 1980.

Recentemente, há uma maior atenção nos cursos de graduação em Direito em relação à arbitragem, que até então limitavam o ensino ao sistema processual estatal e pouco incentivavam e raramente se aprofundavam em outras formas de solução dos litígios.

Repaginada pela Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, que garantiu à decisão arbitral o mesmo status jurídico e produção de efeitos que uma sentença proferida por juízes estatais, porém com juízes de fato e de direito em seus artigos 17 e 18, a arbitragem foi limitada, contudo, tão somente a divergências contendo direitos patrimoniais disponíveis.

CARMONA (2009) atribui à arbitragem o fato de ser apenas mais uma forma de solução extrajudicial de conflitos posta à disposição das partes, e com uma proposta bem definida, fundada em dois valores: autonomia da vontade e disponibilidade do direito (1).

CÂMARA (2004) conclui que a Lei de Arbitragem, desta forma, valoriza um meio paraestatal de solução de conflitos e, ao mesmo tempo, assegura uma quase que total informalidade, ao se permitir às próprias partes estabelecerem o rito a ser observado (2).

Pode-se elencar vantagens do processo arbitral: a celeridade, pois as partes podem fixar prazo para a solução do conflito, e não o fixando não poderá exceder seis meses; a simplicidade em oposição à estrutura pesada e burocrática do Poder Judiciário; a informalidade procedimental podendo as partes simplificar ao máximo o processo, desde que observados os parâmetros mínimos previstos na Lei de Arbitragem; o menor custo, pois as partes não necessitam, no caso de decisões envolvendo aspectos técnicos,

despender, além das custas, os honorários dos peritos judiciais, a melhor qualidade da decisão, pois por ser o árbitro especialista no tema objeto da lide, tem melhores condições de elaborar a decisão que o juiz de direito estatal; a arbitragem cria uma atmosfera favorável ao entendimento e a eficiência, pois as partes tendem a aderir à decisão arbitral.

Se a arbitragem é método ainda pouco utilizado, apesar de em ascensão, verifica-se, de outro lado, o notório conhecimento da proliferação de demandas na área da saúde, criando-se, inclusive, denominação própria ao fenômeno, qual seja, o da “judicialização da saúde” ou em termos mais apropriados “judicialização de conflitos médicos” (3).

O direito à saúde é direito fundamental, petrificado em nossa Constituição. À medida que forem insuficientes as políticas públicas na área e não atenderem a população nacional por ineficácia e, desta forma sobrecarregarem o Judiciário, haverá demandas em larga escala clamando por formas de se resolver estes conflitos, a arbitragem dentre elas.

Por um lado, a corpulência no número de questões de saúde no Poder Judiciário e por outro, a disponibilidade de um Sistema jurídico Arbitral, nos leva a questionar a capacidade deste em solucionar parte dessas demandas. Vale ainda suscitar a reflexão sobre quais seriam as benesses e desvantagens de aplicar um procedimento arbitral nesses casos.

O legislador foi mais ousado e, por meio da Lei n.º 13.129/2015 (reforma da lei de arbitragem de 1996), previu, de forma genérica, a possibilidade de a Administração Pública valer-se da arbitragem quando a lide versar sobre direitos disponíveis.

Proposta e Objetivo

A clara proposta deste estudo foi a submissão à análise do cabimento e utilização da arbitragem no âmbito relevante da proteção ao direito à saúde. Esta tese discorrerá sobre a arbitragem especificamente no relacionamento médico-paciente e em seguida, verificará o procedimento arbitral para assegurar os direitos de ambas as partes, delimitando qual é a classe de direitos que têm permissão da legislação e que podem ser assegurados por esse meio, observando o alcance dos direitos relativos à saúde.

A tese divide-se em capítulos que serão desenvolvidos em graus decrescentes de abstração. Fundamental apresentar uma primeira parte eminentemente investigativa, na qual traz-se material elucidativo sobre o porquê da proposta de retirar do Poder Judiciário

Estatual a tutela em casos voltados para a saúde, no que diz respeito à prestação de serviços do profissional. Juntamente, mostrar os aspectos do médico processado e suas repercussões psicossociais, e apontando algumas características do sistema judiciário que corroboram para essa dinâmica dos fatos. Em seguida, traz-se a Arbitragem como sistema operacional para resoluções de conflitos, e o apontamento de recursos de interesse, intrínsecos ao método, para solucionar demandas na saúde.

Por fim, como objetivo, serão apontados alguns aspectos positivos e negativos de sua utilização, verificando-se a aplicabilidade da arbitragem nos casos dispostos.

A tese a ser comprovada é a de que a arbitragem se afigura como uma solução juridicamente possível e, especialmente, adequada às controvérsias entre pacientes e médicos, considerando não apenas as características e peculiaridades da relação entre tais partes envolvidas, como também vantagens e funcionalidades do método arbitral.

Uma vez mostrada essa possibilidade, postula-se como conclusão a aplicabilidade da Arbitragem como método eficaz na resolução de disputas entre o médico, prestador de serviços, e o paciente, excluindo-se uma variante incompatível de ser resolvida pelo método proposto: a vida humana e sua indisponibilidade de sair da tutela do Estado.

Capítulo 1

1. A judicialização de conflitos sobre prestações de serviços médicos e a tutela estatal

1.1 A segurança do paciente e o erro médico

O tema da responsabilidade civil é um dos mais complexos e caudalosos do Direito moderno, e a má prática médica figura como uma das injúrias mais graves ao bem jurídico da pessoa humana. Celso Barros Coelho¹ define que tratá-los em conjunto, estabelecendo suas interligações, é tarefa difícil pois leva o estudioso a investigações em campos distintos: o campo onde o Direito opera e o campo onde o médico trabalha. Este médico responde por responsabilidade subjetiva (culpa) a eventuais danos materiais, morais e/ou estéticos causados ao paciente.

É inquestionável a progressiva demanda de ações nos conselhos regionais de Medicina, buscando condenação por infração ética e no Judiciário, em busca de reparação frente a denúncias de responsabilidade civil e/ou penal do profissional de saúde, consequentes a "erro médico".

Neste ponto, faz-se valer o esclarecimento do reiterado termo “erro médico”². Erro médico é designação midiática do dano provocado no paciente por meio de ação ou de inação do profissional prestador de serviços, sem a intenção de cometê-lo. Existem três possibilidades de suceder a este erro: imprudência, imperícia e negligência. Sabe-se que, na Doutrina do Direito, estas três peças são bases para a configuração da culpa *sensu estricto* quando se está falando da Responsabilidade Civil (4, 5) A negligência é dita de caráter omissivo, enquanto a imprudência e a imperícia, comissivo.

¹ Celso Barros Coelho - Instituto dos Advogados Brasileiros, procurador federal aposentado - Erro médico e responsabilidade civil / Fernando Gomes Correia-Lima. – Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012. p.9

² Júlio César Meirelles Gomes e Genival Veloso de França, em definição sobre o termo "erro médico", no livro INICIAÇÃO À BIOÉTICA, CFM, 1998.

A Medicina presume um compromisso de meios e não de fim ou de garantia, ou seja, na responsabilidade civil de uma prestação do serviço médico, entende-se como resultado adverso ao esperado quando todos os recursos viáveis foram utilizados pelo profissional, contudo, sem o êxito almejado. Isto ainda se diferencia do acidente imprevisível (caso fortuito), ou ainda das chamadas intercorrências médicas, estas descritas e previsíveis, possíveis de ocorrer. É neste ponto que se encontra o primeiro entrave do termo “erro médico” utilizado de forma midiática, assustando o público em geral com falsos entendimentos de quem vai à procura de um bem e alcança um mal.

Por vezes, discernir estes eventos merece um grau de atenção refinada e técnica e é a causa do entendimento judiciário e público por consequência, de que algumas áreas médicas têm como premissa a entrega de resultados com obrigação de fim (ou de garantia), como é o caso da cirurgia plástica, e que merece ser discutido em subitem com melhor atenção.

O resultado danoso por sua vez é visível, imediato na maioria dos casos, irreparável quase sempre e revestido de sofrimento singular para a natureza humana. Muitos outros erros, de outras profissões, passam despercebidos. Isto não ocorre com os erros dos médicos.

1.2 Protocolos de segurança do Paciente

Errar é humano e não seria diferente na área médica. A terminologia Segurança do Paciente tomou vulto maior em estudos norte americanos que usaram como pontos-base efeitos adversos (EA), definidos como danos causados pelo cuidado à saúde e não pela doença de base, que prolongaram o tempo de permanência do paciente ou resultaram em uma incapacidade presente no momento da alta (4).

Obviamente, esses EAs representam um prejuízo considerável para a Instituição Hospitalar correspondente. Estudos multicêntricos chegaram a médias de até 10% dos pacientes internados sofrendo algum tipo de evento adverso e destes, 50% evitáveis (5).

“O cuidado à saúde, que antes era simples, menos efetivo e

relativamente seguro, passou a ser mais complexo, mais efetivo, porém potencialmente perigoso” (6)

Diferentes definições de erro em saúde e de EAs (7) levaram a OMS a desenvolver a Classificação Internacional de Segurança do Paciente (International Classification for Patient Safety – ICPS), em alguns conceitos como segurança do paciente, dano, risco, incidente, circunstância notificável, incidente próximo, incidente sem lesão e Evento Adverso (8, 9).

Um dos princípios do Código de Ética Médica, registrados em artigo isolado, ditam a extrema importância da comunicação com paciente e familiares, a respeito de intercorrências e eventos adversos (10). A negligência da informação é um dos principais motivos da judicialização de causas médicas em território nacional.

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Para tal, é necessário vislumbrar o cenário obrigacional do profissional médico, em relação a sua responsabilidade civil enquanto prestador de serviços.

1.3 Obrigação de meio, de fim e de garantia

Definem-se como obrigações de meio uma espécie de comprometimento do contratado para com o contratante, de prestar um serviço com o melhor aparato técnico, intelectual ou armado, bem como com a responsabilidade normal que se espera de um profissional qualificado para o desenvolvimento da tarefa contratada. Uma obrigação de meio indica um comprometimento de dedicação pessoal do contratado com vistas ao melhor resultado, utilizando-se para tal de técnicas adequadas e pertinentes, atualizadas e disponíveis para o feito. É obrigação subjetiva, onde o resultado final pode não ocorrer totalmente como o esperado. Diferentemente das obrigações de resultado, objetivas,

tendo como obrigatoriedade o resultado proposto (11-14).

É polêmica a questão das obrigações na prestação dos serviços médicos e odontológicos. Segundo MARTA MAFFEIS MOREIRA ³, há de se entender qual foi o contrato estabelecido entre o profissional de saúde e o paciente em questão, ou seja, qual foi seu contrato de *locatio conductio* (15).

Há um entendimento certo no judiciário nacional de que, se o procedimento eletivo não tem caráter funcional, ele é uma “perfumaria”, ou seja, entendido como “estético”, gerando pânico em alguns especialistas, como cirurgiões plásticos e dermatologistas. O conhecimento de um procedimento classificado como tendo apenas caráter estético, traz consigo a obrigação deste resultado, com base no Código de Direito do Consumidor de 1990 (16).

CARDÉNAS-MARTÍNEZ (2009) alega que o sistema jurídico eficaz pode responsabilizar o serviço do médico, desde que entenda não apenas a terapêutica médica proposta, mas também o porquê de a terapêutica estar sendo proposta. Em outras palavras, como determinar, eliminando a superficialidade do termo “estético”, a obrigação do médico que propõe um procedimento, avaliando não apenas o procedimento em si, mas entendendo também do que este propõe tratar (17).

Desta forma, o médico, no exercício de suas atividades no setor privado, responde subjetivamente, mediante aferição do suposto comportamento culposo, no que tange à culpa *sensu stricto* (imperícia, imprudência ou negligência). Nos casos em que se reconhecer vínculo entre tal médico responsabilizado e alguma entidade prestadora de serviços de saúde, esta responderá objetivamente (18).

O Estado, garantidor da efetivação da saúde, responde pelo dano causado em decorrência do comportamento de seus agentes públicos, sem a necessidade da comprovação de dolo ou da culpa do agente causador. Nomina-se este evento responsabilidade objetiva do Estado (19)

Disto conclui-se que, se a responsabilidade do médico, um profissional liberal,

³ MARTA RODRIGUES MAFFEIS MOREIRA - Professora de Graduação da FDRP-USP. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Doutora em Direito, área de concentração Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professora visitante do Leopold-Wenger Institut da Faculdade de Direito de Munique/Alemanha. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo.

é subjetiva, portanto, como já mencionado, a quebra de sua responsabilidade será mensurada pela incidência única ou conjunta de imperícia, imprudência ou negligência. Contudo, essas três ocorrências serão sinalizadas dependendo de a obrigação do médico ser apontada como de meio ou de resultado (20, 21).

Talvez, alguns exemplos nos tragam uma melhor visualização desse quadro. Peguemos como exemplo duas pacientes do sexo feminino, ambas na faixa dos 40 anos de idade, fumantes, sem outros precedentes. A mulher "A" é acometida por tumor mamário em mama esquerda e há necessidade de exérese desse tumor, com reconstrução mamária imediata e simetrização contralateral (adequação da mama direita na tentativa de “espelhar” a nova forma da mama esquerda, ora reconstruída); já a mulher “B”, múltipara, recém-separada depois de um casamento de 20 anos, devido a diversas amamentações, cursou com ptose mamária grau IV (grave). Existe, assim, uma importante assimetria entre as mamas, sendo a ptose à esquerda muito mais acentuada do que à direita. A partir desta informação, existem dois direcionamentos certos: 1) A indicação terapêutica para ambas as mulheres é a mesma, ou seja, uma reconstrução da mama esquerda com prótese mamária e retalhos locais, seguida de simetrização de mama direita com prótese mamária e retalhos locais; 2) O caso da primeira é entendido pelo judiciário como procedimento “reconstrutivo”, já o da segunda, como procedimento “estético”. Numa equação simples, conclui-se que as obrigações do profissional médico para a paciente “A” são de meio, e para a paciente “B” de resultado. Mas as obrigações do tal profissional pelo mesmo procedimento não deveriam ser as mesmas? O médico-cirurgião plástico, por exemplo, deve responder civilmente diante da não obtenção do resultado nas cirurgias plásticas?

A Responsabilidade Civil, como bem coloca Benacchio, “identifica os comportamentos não conformes ao Direito” e, “a partir disso, cria obrigação para outro sujeito por meio da transferência desta situação desfavorável do lesado ao responsável indicado pelo ordenamento jurídico” (22).

Responsabilidade civil decorre da vida em sociedade, sendo produto do meio social por regras, ou seja, o indivíduo deve responder por seus próprios atos ou fatos que o vinculem, por descumprir norma legal existente, definida pelo estado ou por vontades subscritas em documento. Portanto, nasce na doutrina enquanto obrigação imposta, refletindo a noção de justiça existente em dado grupo social. "A responsabilização é a

forma de exteriorização da justiça, traduzindo o dever moral de não prejudicar o outro” (23).

Para a responsabilização do médico, se faz necessária a prova inequívoca do descumprimento de um contrato ou da existência do dano - dano esse que não pode ser presumido, devendo ser confirmada a conduta dolosa ou culposa, omissiva ou comissiva do médico que, por si só e sem o concurso de concausas preexistentes, concomitantes ou supervenientes tenha sido suficientemente capaz de produzir os danos. É necessário também além da presença do dano, o nexo de causalidade entre este e a prestação de serviços médicos, sem a qual, o resultado não teria ocorrido. É possível, eventualmente, haver um erro médico que não leve à responsabilização do médico pelo fato de sua conduta não ter gerado danos (24).

Em ação desta natureza, Jomar Juarez Amorim⁴ sustenta que "não é raro um anseio - por parte do paciente - de esquadriñar retroativamente a conduta médica, exercendo um severo juízo *"ex post facto"* que não se coaduna com os múltiplos e complexos aspectos dessa atividade humana". Como pondera Arnaldo Rizzardo: *“Não está o médico proibido de errar. Nem sempre o erro acarreta a responsabilidade. Não pode, porém, errar por culpa, isto é, por açodamento, por ligeireza, por falta de estudo, por carência de exames, por despreparo técnico”* (25).

Apesar de o nosso Código Civil e Código do Consumidor normatizarem toda a relação de consumo e prestação de serviços, não há Lei Federal que discipline, especificamente, as relações entre o médico (ou dentista) e o paciente (26). Os limites normativos para esta relação ainda se pautam nos deveres do médico estipulados pelo Código de Ética Médica, ancorados no Código do Consumidor. Esta equação, infelizmente, leva nossos tribunais a se posicionarem de forma cada vez mais rígida ao reduzir a relação médico-paciente a um negócio jurídico meramente consumerista e contratual, com entendimentos de forma a "mercantilizar" a saúde, num sentido jurídico. Isto foi muito bem colocado em um discurso da Ministra Carmen Lúcia, do STF, na ADPF 532 MC/DF *“Saúde não é mercadoria. Vida não é negócio. Dignidade não é lucro.”* (27).

Desde filósofos a teóricos deste século, muitos embasaram um movimento nos Estados Unidos da América dito *“patients are not consumers”* (28). Filosofando sobre a metafísica dos costumes, Kant traz um posicionamento fundamental para este

⁴ Jomar Juarez Amorim - Juíz de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara, na Comarca de São Paulo

entendimento, afirmando que “quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr, em vez dela, qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto, não permite equivalentes, então, ela tem dignidade” (29).

Portanto, acompanhando a linha de Kant, o papel social importantíssimo desempenhado pelo médico não deveria ser reduzido a mero prestador de serviços (30), a partir do momento em que estão em jogo questões muito mais densas, como a própria bioética (31). Observa-se aqui, contudo, que a relação entre médicos e pacientes também envolve a autonomia da vontade e a garantia fundamental da liberdade de escolha dessas próprias relações. Atenta-se a este ponto, pois o contrário poderia afetar a questão da arbitrabilidade desta relação, ponto fundamental desta tese, e sem o que não seria possível sustentar o cabimento da arbitragem.

Aqui valem breves comentários a respeito de tal arbitrabilidade, que será mais bem discutida e apresentada a posteriori neste trabalho.

Toma-se como premissa a disponibilidade do direito que será discutido. Mas pode-se falar em liberdade de escolha de quem não tem base para escolher? É o que ocorre com a parte considerada hipossuficiente perante o código de defesa do consumidor, como o caso do paciente. Esta liberdade estaria ceifada por falta de informação.

Portanto, a normativa consumerista nacional dispõe em seu artigo 51 o estabelecimento de que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que determinem a utilização compulsória da arbitragem. Por tal motivo, existem condições específicas para submeter à arbitragem contrato particular entre paciente e médico, sendo este último um prestador de serviços.

Lê-se, então, a postura do entendimento consumerista para os serviços médicos, e por isso assistimos, por exemplo, a atribuição da obrigação de resultado na responsabilidade do cirurgião plástico, a culpa subjetiva, e a inversão do ônus probatório.

O marketing médico, assunto que não abordaremos, talvez justifique muito da opinião pública, e certamente a linha de conduta judiciária. Muito bem descrito por Fernando Cordeiro ⁵, ainda que “vedados pelos Conselhos de Medicina e pelas Sociedades de Especialidades, não pelo temor de uma concorrência trazida a público, mas pela inexistência de demonstração científica de que pessoas diferentes terão resultados iguais, tais peças publicitárias trazem ao imaginário do consumidor e do jurista a falsa impressão

⁵ FERNANDO CORDEIRO - Professor Titular de Clínica Cirúrgica da Faculdade de Medicina da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas)

de que este fato é possível e apesar de ser algo individual, pode ser coletivizado e transformado em uma verdade quanto a uma área do conhecimento médico". É criada a ideia de que atos humanos, dependentes de ações também humanas, como a técnica e o conhecimento, possam fazer algo que a natureza não conseguiu e que possam modificar o humor e as características individuais das pessoas" (27).

Talvez as palavras do Professor Cordeiro possam ser resumidas como a incapacidade técnica de um público em geral, o que abarca o judiciário, de fazer uma real leitura de uma relação médico-paciente em função do que assistem por meio de um marketing médico, muitas vezes equivocado. A terapêutica aplicada e os decorrentes resultados são de caráter personalíssimo, impossibilitando assim, a veracidade da exposição de um resultado único para outros indivíduos. Isto deveria ser bem claro para o médico, mas não o é para o cidadão afeito a outras áreas.

Sabe-se que a medida de informação dada e muito bem comunicada é inversamente proporcional à formulação de falsas expectativas por parte do paciente, culminando numa maior segurança e confiabilidade do profissional médico contratado. Dessa equação, nesse trato fiduciário entre médico e paciente, a informação passa a ser a medida para aferir a legitimidade e a razoabilidade da expectativa, cuja eventual tutela pode-se pretender (32).

De toda esta explanação, tem-se que condutas como o marketing massivo em redes sociais e atendimentos médicos incompletos em informações tomam proporções vultuosas numa compreensão generalizada da postura médica atual, deficitária no abrigo das necessidades dos pacientes por parte da opinião pública e, conseqüentemente, no entendimento jurídico. A relação médico-paciente está, neste panorama, ferida. Cabe ao médico um esforço redobrado para cicatrizá-la e promover robustez para essa relação.

A quebra dessa relação, culminando em tutela judiciária para resolução de uma lide gerada, traz ao profissional médico mais que um suposto insucesso terapêutico, mas a sensação de uma incapacidade avassaladora de resgatar essa relação muitas vezes comprometida por motivos alheios à sua vontade e percepção.

Ainda não é rara a observação de uma "ferida" no ser médico, que pode acarretar novas posturas nas relações profissionais futuras com pacientes ou até em posturas médicas de fato, assunto a ser tratado subseqüentemente.

1.4 O médico processado

Participar de uma disputa contenciosa no judiciário não é, definitivamente, algo confortável para ninguém. Ansiedades, expectativas, medo do entendimento do julgador, custo com advogados, custas judiciárias e por fim, uma sentença que pode trazer um desfecho feliz para uma parte, e como decorrência, infeliz para outra.

Não seria diferente para o profissional da medicina. Desde o momento de sua citação, e aqui fala-se exclusivamente de um processo indenizatório por dano, portanto de competência Civil, até o trânsito em julgado do último recurso cabível, o médico encontra-se no pior cenário que poderia ter em sua relação médico-paciente e muitas vezes com a profissão.

Não se disserta neste trabalho sobre o tema "dolo". Contudo, abstraindo a existência ou não da culpa de tal profissional, o direcionamento desta discussão centra-se no processo e na "persona médica". O quão infiltrativo, o quão consumptivo é um processo judicial para o médico, para seu ego e para suas relações com a medicina, serão fatos abordados em itens adiante.

Independentemente da existência da culpa, os médicos são afetados negativamente (33, 34). Talvez por ser um momento em que têm que se deparar com a falibilidade humana. E ainda que não presente, a acusação de ter falhado, atinge não apenas sua autoimagem, mas, também sua imagem social (35, 36). É claro que a experiência traz ao profissional novas posturas, outras percepções e por que não falar inclusive de um aprendizado, sendo este importante para todas e quaisquer profissões. Ainda que em um duro cenário para o médico, eventos como controvérsias levam a uma aprendizagem não apenas médica e jurídica, mas de comunicação e relacionamento.

"Seus clientes mais insatisfeitos são sua melhor fonte de aprendizado."

Bill Gates

Um levantamento do ano de 2016 realizado por uma seguradora de

responsabilidade civil ⁶ (37), diagnostica as especialidades médicas mais expostas a demandas no nosso judiciário estatal, salientando a Ginecologia e Obstetrícia com o total de 42,60% dos casos, seguida da especialidade Ortopedia (15,91%), Cirurgia Geral (7%), Cirurgia Plástica (7%) e Clínica Médica (6%), seguidas por outras tantas especialidades em menor percentual. O estudo ainda aponta que os motivos-base de tais demandas eram principalmente a negligência da informação (56% de todos os casos), seguidos de um entendimento do que seria um “hiperprotecionismo” jurisdicional ao consumidor, e finalmente, a má prática médica em si. Disto conclui-se que, por não estarem envolvidos em sua maioria direitos indisponíveis, tais controvérsias poderiam muito bem não estar ocupando os *rankings* no judiciário, mas sim em Câmaras de mediação ou Arbitragem.

Estudantes de medicina e médicos têm chances maiores de ter ansiedade, depressão e ideação suicida do que seus pares na população em geral. A cultura médica perpetua esses problemas, sendo uma verdadeira “barreira” a possíveis tratamentos. Alguns autores examinaram mitos e símbolos que formam a base da cultura médica e da autoimagem médica, esta última baseada em uma mitologia médica descontextualizada, como o mito de Asclépio ⁷ (38), resultando em senso de identidade profissional desequilibrado, desumanizado e caracterizado por inatingíveis expectativas. Trata-se de construto negócio da “persona médica”, muitas vezes doentia, estressada ou até tóxica (39).

Estudo multicêntrico envolvendo mais de 3000 médicos entre os Estados Unidos da América e o Canadá, em 2007, revelou que médicos que cometeram erros (ou julgaram

⁶ ANADEM - Sociedade Brasileira de Direito Médico - levantamento de dados abordados a respeito de julgamentos de casos médicos pelo STJ neste referido ano.

⁷ **Asclépio**, na mitologia Grega, ou **Esculápio**, na Romana; é o principal deus da Medicina. Filho de Coronis, uma mortal, e do Deus-sol Apolo. Apolo, de forma passional, matou Coronis, com seu filho em seu ventre. Antes que o corpo de Coronis fosse totalmente incinerado, Apolo retirou Asclépio e entregou-o aos cuidados de Quíron. Este foi o responsável pela educação e criação do menino, que aprendeu todos os segredos da arte curativa com plantas medicinais. Quando cresceu, Asclépio tornou-se tão habilidoso, que era capaz de ressuscitar os mortos. Preocupado com a despovoação do “além” e a ordem natural das coisas, Zeus, o principal deus do Olimpo, matou Asclépio com um raio, mas em seu reconhecimento, levou-o aos céus e transformou-o em divindade. Sua mulher, Epione, acalmava a dor; sua filha Higéia, simbolizava a prevenção das doenças; outra filha, Panacéia, simbolizava o tratamento das doenças; seu único filho, Telésforo simbolizava a convalescença. Sempre que uma peste ou epidemia assolava uma região, os médicos saiam para matar as cobras, pois acreditavam que estes seres demoníacos eram os causadores das doenças. Estando com a cobra enrolada em seu bastão, Asclépio tem o domínio das doenças, curando seus pacientes. Com o tempo, a serpente no bastão de Asclépio tornou-se o símbolo da Medicina, enquanto que a taça e a serpente de Higéia, passaram a simbolizar a Farmácia. Segundo alguns autores, o grande Hipócrates é o décimo-nono descendente de Asclépio e o vigésimo a partir de Zeus. O avô de Hipócrates, também médico, chamava-se Hipócrates, mas nunca alcançou a fama daquele que tornou-se conhecido como o “pai da medicina”(AMATO, 2003).

seus atos errados) experimentaram considerável sofrimento emocional, para o qual o apoio psicocomportamental foi absolutamente indisponível (40). Existem hoje nesses países da América do Norte, programas que abrigam e suportam psicossocialmente o profissional médico que passa por essa experiência que é mais do que jurídica: é moral e de caráter personalíssimo e solitário.

A palavra "*burnout*" foi originalmente utilizada para descrever um estado prevalente emocional e de fadiga do médico em situações de falta de recursos clínicos para o atendimento (41). Está em seu cerne relacionada com o laboral, cursando com sintomas como exaustão, dificuldades interpessoais e sensação de incompetência pessoal.

A prevalência de *burnout* na população médica é significativa, principalmente quando levados em consideração não apenas os efeitos sobre os médicos como indivíduos, mas os efeitos sociais no momento em que sofre a população que depende destes atendimentos e a própria medicina, como instituição (42). Há uma prevalência alta nesses médicos de abuso de álcool ou outras drogas lícitas e ilícitas, problemas nos relacionamentos pessoais, ansiedade e depressão (43, 44).

Hoje, sabe-se que um dos fatores preditivos para tal diagnóstico num profissional médico é a ciência deste profissional estar passando por problemas jurídicos com seus pacientes (45). Assim como pode-se dizer também, que o médico em stress, deprimido e com privação do sono está mais exposto a cometer alguma falha em sua prestação de serviços, situação que pode perpetuar ou exacerbar o diagnóstico de *burnout* (46-48).

Vale ainda dizer que este alto índice de *burnout* na população médica está intrinsecamente associado à crescente prevalência de suicídios neste meio profissional (49). A saúde mental do médico nunca foi pormenorizada e na contramão disto, vê-se que médicos em busca de ajuda são frequentemente punidos socialmente, inclusive com discriminação em licença médica, cadastros hospitalares e conseqüentemente no que diz respeito a seu avanço profissional (50).

Um estudo realizado na década de 1980 em Chicago pareou, em uma amostra aleatória dos membros da *Chicago Medical Society*, o impacto do litígio por negligência médica (ou pela simples acusação deste evento) na vida pessoal e profissional dos médicos. Foram separados em dois grupos, sendo um deles o grupo de médicos com desavenças não judicializadas até o momento e o outro, o grupo já litigando no judiciário. Foi significativa, para maior, a diferença da gravidade dos sintomas depressivos presentes

no segundo grupo de médicos, sendo observada uma "desvontade" de atender certos tipos de pacientes, como aqueles ligados a procedimentos de caráter estético ou ainda com perfil de alta exigência e que conduziam suas dúvidas a uma garantia de resultados. Outros dados deste grupo de médicos que já tinham em suas vidas a judicialização de uma desavença, foram seu desejo de uma aposentadoria precoce e o desencorajamento de que seus filhos entrassem em faculdades de medicina (51). São situações que afetam, sem dúvida, o trajeto profissional do médico, mas também a vida de seus familiares, pacientes e toda a prestação de serviços na medicina (52).

Acometimentos psicossociais, estresse no trabalho, vergonha e dúvida no enfrentamento ativo do problema jurídico são dados no perfil psicológico do médico processado. O estresse psicológico diminui com o tempo, com a vitória judicial de um caso ou ainda com o aumento da idade, ao passo que aumenta entre aqueles com processos pendentes ou processos judiciários múltiplos. Tais litígios são inquestionavelmente um grande trauma na vida do médico e devem ser tratados como qualquer outro trauma, incluindo o uso de estratégias positivas de enfrentamento jurídico, assim como a aceitação das sequelas psicológicas, reestruturação cognitiva e a fruição de apoio de seus pares (53).

Dados norte-americanos trazem para os anos de 2007/2008 a impressionante proporção de 42% dos médicos do país sendo processados juridicamente por má prática profissional, sem analisar o mérito do pedido (54), com maior índice de acometimento entre as especialidades cirúrgicas, a ginecologia e a obstetrícia.

Além do tempo consideravelmente grande entre o "ato médico culposo" e o deslinde jurídico da questão, o pedido de tutela Estatal em si é acusatório, tendo efeitos devastadores na qualidade de vida do médico (55, 56), interferindo em sua saúde, em suas relações pessoais e em sua profissão. Mas é a pendência da conclusão do processo que afetaria negativamente a saúde desses profissionais ou é a potencial publicidade dos processos judiciais? Não existem trabalhos científicos até este momento que possam diferenciar ou discernir esta questão, contudo assiste-se, claramente, a um interesse cada vez maior em solucionar ambas as peças que tanto fragilizam o profissional da saúde. Logo adiante, tais vantagens no método de resolução arbitral abrir-se-ão com clareza,

Dados de seguradoras de responsabilidade civil norte-americanas mostram que a maioria das alegações de negligência, imperícia ou imprudência médica não têm fundamento, sendo que quase dois terços das reivindicações são descartadas, retiradas ou julgadas improcedentes. Dos 10% das reivindicações que avançam em rito processual até

seu trânsito em julgado, quase 90% tem suas decisões em favor do médico (57). Contudo, durante todas as fases processuais, somando incertezas e gastos financeiros, o acometimento psicossocial do médico, já tão discutido, é exatamente o mesmo do médico que foi condenado (58).

Uma vez judicializados, foram estudados 31 médicos alemães e suas condutas comportamentais que basicamente se dividiram em dois grupos, sendo o primeiro um grupo de comportamento dito “positivo”, em que a maioria dos participantes não relutavam em divulgar sua situação jurídica a outros colegas. O contrário ocorria no segundo grupo, os de comportamento dito “negativo”, que represavam tal informação. A abertura de tais informações depende de interações complexas de suas emoções e pensamentos sobre litígios e não apenas propriamente sobre o medo de litígios, como muitos estudos supõem (59).

O autor ainda traz a propositura de um sistema de *coaching* para estudantes de medicina e médicos jovens que aborde o tema, e como organizar apoio emocional e legal para si, diminuindo condições como o *burnout* (60, 61). Por outro lado, a divulgação dos erros médicos a instituições, pacientes e a outros colegas médicos é didática como perícia profissional para médicos mais jovens, passando assim a ser importante para a educação profissional, a segurança do paciente e sua assistência (62).

É certo que, especificamente para o médico brasileiro, pois o que se está avaliando é um conjunto de regras e normativas válidas na circunscrição nacional, existem pontos que valem a discussão sobre “o que mais pesa nos litígios encaminhados à Tutela Estatal”. Elenca-se a seguir alguns destes pontos, sob a evidente ótica do médico.

1.4.1 Da publicidade

A normativa jurídica nacional exceleu pelo Princípio da Publicidade, princípio este que faz com que todos os atos processuais sejam públicos, estando disponíveis para acesso e consulta, tanto para as partes, quanto para qualquer pessoa interessada. Contudo, não se trata de regra plena, dado que está estabelecido em nossa Constituição Federal, em seu Artigo 5º, inciso LX, a possibilidade de restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Diante disso, o artigo 189 do nosso atual Código de Processo Civil (CPC) traz em seus incisos algumas hipóteses onde os autos processuais não serão públicos e os processos correrão sob sigredo de justiça.

Há muito o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que o rol de hipóteses de situações onde se aplica o sigredo de justiça são meramente exemplificativos, podendo o magistrado, no caso concreto, determinar a restrição ao acesso público com o objetivo de proteger outros interesses constitucionais, tais como o sigilo de dados profissionais ou a proteção de dados estratégicos de empresas, entendimento este que vigora inclusive para o CPC vigente (63).

A Publicidade dos atos judiciais é de direito fundamental, que visa permitir o controle da opinião pública sobre os serviços da justiça, observando o poder que foi investido ao juiz que, em sua função, representa o Estado. Sendo assim, há uma relação íntima entre os Princípios da publicidade e da motivação das decisões judiciais, na medida em que a publicidade torna efetiva a participação no controle destas decisões, ou seja, trata-se de um verdadeiro instrumento de eficácia da garantia da motivação das decisões judiciais (64).

Princípios são mutáveis assim como a sociedade em que estamos inseridos, ainda mais levando-se em consideração a diversidade cultural de nosso país e a necessidade de garantir a segurança jurídica dos cidadãos (65). Sendo assim, aplicando o Princípio da Publicidade no processo judicial, temos que os atos processuais devem ser públicos para que se vede o obstáculo ao conhecimento. Todos têm o direito de acesso aos atos do processo, exatamente como meio de se dar transparência à atividade jurisdicional (66). Tal fato já não ocorreria, caso a controvérsia fosse adjudicada mediante câmara arbitral, como ver-se-á adiante.

É justamente aqui que entramos na problemática que tange à privacidade das partes no processo eletrônico, solução definitiva desde os processos ingressados no judiciário a partir do ano de 2012. Nessa esteira, há a necessidade de solucionar a dicotomia entre publicidade e intimidade. Para tanto, deve ser plena a ponderação de princípios, de forma que nenhum deles deve ser interpretado de maneira irrestrita e absoluta, buscando-se assim, a relativização do princípio da publicidade em promoção ao direito à intimidade. O Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal, entendeu que “os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo

porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre estas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros” (67).

A expressão "segredo de justiça" é sabidamente inadequada, porquanto não se trata de segredo, visto que o julgamento não ocorre a portas fechadas. Cuida-se, sim, de resguardar a intimidade dos litigantes ou de evitar que a publicidade possa ocasionar grande transtorno ou comoção social. No entanto, as partes e seus procuradores têm acesso aos autos, inclusive obtendo certidões. Nesse sentido, a Constituição, ao tratar do assunto, usou expressão mais adequada, qual seja: publicidade restrita (68), que é o que ocorre nos processos judiciais ligados ao direito de família e à infância e juventude.

Vale dizer que toda esta discussão se refere aos atos processuais, mas não às consultas processuais, que são públicas e notórias.

O Sistema de Automação da Justiça (SAJ) foi criado ainda na década de 1990 pela "Softplan Planejamentos e Sistemas". O portal e-SAJ é uma das soluções digitais que visam facilitar a troca de informações e agilizar o trâmite processual por meio de diversos serviços WEB voltados para os advogados, cidadãos e serventuários da justiça, conferindo acesso a informações de tramitação dos processos de Primeiro e Segundo Graus⁸. Sendo assim, todo e qualquer cidadão brasileiro pode enxergar ao menos, por mais restrito que seja aquele processo, a existência deste, e suas partes. Este é apenas um exemplo de quão público pode estar o nome das partes envolvidas em alguma disputa judiciária.

Outros tantos sistemas de buscas podem por meio deste portal, denunciar tais partes por simples pesquisa.

Entende-se então, que o processo judicial, por mais que tenha sua publicidade

⁸ <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj/portal.do?servico=740000>

restrita, garantindo a não circulação do teor dos autos e seus passos processuais, não preserva o nome das partes envolvidas num litígio. E é neste momento que o médico, com seu nome exposto, por mais que, excepcionalmente, tenha garantido segredo de justiça em função de dados sigilosos de prontuário, fica à deriva da opinião pública.

Embora o conceito de opinião pública esteja quase sempre relacionado à dimensão política, na sociedade moderna e midiaticizada (69) observa-se uma reconfiguração do próprio campo midiático a partir das tecnologias digitais da informação e da comunicação, o que reverbera na sua formação (70).

O processo de formação da opinião pública deixou de ser tratado como consenso amplo acerca de princípios essenciais para uma sociedade, uma vez que teria como pressupostos a competência da argumentação e da comunicação dos sujeitos para a discussão das opiniões divergentes na esfera pública. A opinião forjada nessa esfera traz subjacente uma condição de liberdade e racionalidade comunicativa para o estabelecimento da democracia (71).

Segundo Carolina Terra ⁹, essa não é a noção que prevalece na sociedade que tem a presença marcante e influenciadora da mídia. Embora exista um nível de experiência pública fora de tais meios, “as opiniões sobre um determinado acontecimento começam a tomar forma”, podendo ficar restritas ao mundo privado ou ainda fazer parte do discurso público, se publicizadas pela mídia. Nesse contexto, os pontos de vista dominantes passam a ser reproduzidos levando à cristalização da opinião pública (70).

Afere-se então, que a opinião pública hoje composta por pessoas comuns e suas publicações e comentários se alastram pelas telas das redes sociais em todo o mundo, contendo julgamentos sumários, demasiadas vezes em constantes momentos onde se propagam eventos midiáticos.

O que era para ser um evento social, torna-se um tribunal de Exceção, que é aquele formado temporariamente para julgar um caso (ou alguns casos) específico após o delito ter sido cometido. Como exemplo clássico, o Tribunal de Nuremberg, criado pelos aliados para julgar os nazistas pelos crimes de guerra (72).

O perigo desta exposição em redes sociais é a canalização da opinião pública,

⁹ Carolina Terra - Pesquisadora sênior integrante do grupo de pesquisa em Comunicação Digital Com+ da ECA/USP, Consultora de mídias sociais e RP Digitais e Professora das pós graduações em Comunicação Digital da USP e FIA.

invariavelmente parcial em seus julgamentos, até por estar redirecionada segundo decisões adotadas por este mesmo tribunal midiático em casos semelhantes.

Não é à toa que a manchete de “Erro médico” coloca de forma fulminante o profissional da saúde no banco dos réus. Problema maior vem do entendimento de que esses ditos “Tribunais midiáticos” quase nunca são adeptos do devido processo legal, ficando o médico, geralmente, à mercê desse júri popular cibernético.

É do ilustríssimo Albert Einstein a frase “Tornou-se chocantemente óbvio que a nossa tecnologia excedeu a nossa humanidade” que a proferiu sem sequer imaginar o quão veraz seria sua citação quase um século após pronunciada.

O fato é que, sob a jurisdição Estatal, médicos e pacientes, assim como em todas as controvérsias em nosso território nacional, mesmo que estejam em processo jurídico onde há restrição da publicidade dos atos processuais, têm seus nomes expostos no portal eletrônico do Tribunal de Justiça, o que gera, num sistema de buscas eletrônicas, a majoração desta exposição.

“O que será que esse médico fez com esse paciente?”.

1.4.2 Morosidade

O crescente chamado pela tutela jurisdicional, com contínuas distribuições de feitos, somado ao déficit infraestrutural estatal para abrigar essas ações e o ainda baixo número de magistrados para atender a todas as demandas no território nacional, atestam a morosidade na tramitação dos processos judiciais. A morosidade gera insegurança jurídica e um sentimento de desamparo e descrédito, pelas partes jurisdicionadas (68).

Prestigiando o Princípio da celeridade, há algum tempo assiste-se no Brasil alterações no legislativo, não apenas no diploma Processual Civil, como a reformulação de seu código instaurada no ano de 2015, assim como sob a égide de nossa Constituição, trazendo como exemplo a Emenda constitucional 45 de 2004 que garante a duração razoável do processo (73). Tal Emenda acrescentou à Constituição Federal, em seu artigo 5º, o inciso LXXVIII, que dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua

tramitação” (74). A celeridade/morosidade judiciária é campo de estudo no Direito que disciplina a metodologia estatística para estudar o funcionamento da ordem jurídica, a jurimetria (75).

Em sua dissertação de mestrado, Simone Oliveira ¹⁰, ao entender as bases temporais do processo, expõe o seguinte questionamento: "Na observância e aplicação do princípio da razoável duração do processo, não podemos nos furtar da seguinte indagação: tempo razoável do processo seria aquele previsto na legislação processual, ou seria o tempo necessário para a solução do litígio de acordo com a sua complexidade?"

É certo que apesar de Princípios distintos como o da razoabilidade da duração do processo, muito bem embasados em nossas normativas em vários planos, estes não trazem em seu cerne a sinonímia de "processo célere". O fator tempo, na linha processual, é sem dúvida interceptado por elementos insuprimíveis do Devido processo Legal, base Constitucional para todos os nossos diplomas legais subjacentes. Em outras palavras, o processo deve ser tão célere quanto for possível, dentro dos parâmetros legais dos ritos processuais, sem cercear nenhuma das partes às suas devidas justificativas (76).

Na contramão, sabe-se que abusos temporais existem no judiciário, decorrentes e inerentes ao próprio sistema judiciário como já exposto, e claro, decorrentes também de problemáticas envolvendo as partes, sendo que tanto estas quanto o Estado, na figura do judiciário, são responsáveis pelo triângulo de relacionamento processual.

A justificativa do judiciário para a morosidade é o "abarroamento dos armários", a excessividade de processos tramitando no judiciário que acabam por gerar um engessamento e conseqüentemente a morosidade processual.

A fase probatória de um processo que envolva uma causa médica, na imensa maioria das vezes, depende de perícia especializada que dê suporte ao juízo para conduzir a lide a termos razoáveis. Nesse momento processual, por mais que existam normas e determinações do juízo relativas a tempo, esbarra-se em questões administrativas intransponíveis. Explico-me.

Já foi abordado o paciente, entendido como consumidor pelo judiciário, como tendo status de hipossuficiência, não apenas no que tange à informação a respeito dos serviços prestados, mas muitas vezes, como hipossuficiente financeiro.

¹⁰ Simone Oliveira é Mestra em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Medidas de Urgência no Processo Civil. Assistente Jurídico.

Entra-se aqui num assunto absolutamente discutido na doutrina e no magistrado, que é o que é essa hipossuficiência financeira para arcar com custas judiciárias e quando aplicá-la, apesar de a nossa legislação já ter definido categoricamente essa possibilidade.

Nossa Constituição vigente garante o acesso à justiça como um direito reconhecido, determinando em seu Artigo 5o., inciso XXXV (77) que

"A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"

Afinal, não são todos os jurisdicionados que apresentam capacidade financeira para adimplir com os custos e com as despesas inerentes a um processo judicial.

Nos litígios entre médicos e pacientes, como já explanado, é quase certa a necessidade de prova pericial. O juízo, pautado em qual parte solicita esta perícia ou ainda entendendo que faz parte do critério de inversão do ônus da prova para a parte médica, ou ainda entendendo a possível gratuidade de justiça demandada pelo paciente, decide se o perito médico, convocado e devidamente cadastrado como auxiliar da justiça, será um profissional de sua confiança ou se solicitará ao órgão regional estatal incumbido da realização de perícias médicas a disponibilidade para atendimento ao caso concreto.

O Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo (IMESC), autarquia vinculada à Secretaria da Justiça e Cidadania do Governo do Estado de São Paulo desde 1970, hoje considerado o maior centro de perícias de Medicina Legal e de Investigação de Vínculo Genético da América Latina, faz o atendimento de demandas, por meio de agendamentos periciais com uma espera aproximada de 8 meses para o exame pericial presencial e uma média temporal de entrega do laudo pericial em outros 4 meses a partir do exame físico.

Não é rara a distribuição de demandas absolutamente fragilizadas no que diz respeito às provas, muitas vezes chegando ao Poder Judiciário sem estar minimamente amadurecidas sob o ponto de vista probatório. Vale dizer, contudo, que na vigência do atual CPC, a prova que, em momento anterior, detinha posição fixa, passou a ser possibilitada em inúmeras situações e em diferentes momentos processuais, até mesmo antes da própria distribuição da demanda que uma das partes envolvidas tinha anteriormente como certa e que, a depender do resultado da prova obtida antecipadamente, não poderá sequer existir por exclusiva vontade da parte, como se

observa do inciso III do art. 381 do referido Diploma (74). Ainda assim, para quem vivencia o sistema judiciário estatal, sabe que tal normativa ainda não foi incorporada substancialmente pelo advogado, e ainda não está tão presente no panorama judiciário. Contudo, trata-se de opinião pessoal como colaborador e auxiliar da justiça do TJ-SP.

Além de uma reforma estrutural por parte do Estado, para amenizar o engessamento causado pelo excesso de demandas processuais, faz-se necessária a implantação de meios autocompositivos de resolução de conflitos, como a mediação ou a conciliação; ou ainda a otimização de parte dessa alta demanda por meio de outras possibilidades heterocompositivas, como a validação de câmaras arbitrais para resolução de lides cujos objetos sejam de direitos disponíveis, assunto a ser tratado em capítulo adiante.

1.4.3 Especificidade da relação

Da relação médico-paciente, sendo esta tão específica, não poderia se esperar um litígio que não comportasse todos os entendimentos singulares desse vínculo. Desse modo, encara-se de frente a necessidade do conhecimento específico do julgador. Portanto, mais uma vez, a peculiaridade da relação e do conflito demandam uma solução técnica que, no Judiciário, provavelmente ficaria relegada a uma perícia e que melhor poderia ser tratada, sob essa ótica, no âmbito arbitral.

Apesar de muito almejada pelos profissionais do Direito, é de domínio geral que o longo caminho para se alcançar a magistratura é árduo. Exige avançado conhecimento jurídico, comprometimento e, muitas vezes, aptidão psicológica para ser a personificação do Estado, representando-o em seu papel de tutor da sociedade, embasado pelo rigor da lei e seus vastos entendimentos pela Doutrina e Colegiado. Contudo, no exercício desta função, o juiz é condicionado por normativa Cível quanto a irregularidades na sua prestação de serviços, como dita o Artigo 143 do CPC vigente (78).

É constitucional a admissão na carreira por intermédio de concurso público de provas e títulos, iniciando-se como juiz substituto até sua evolução para uma posição titular (77). Caberá ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Tal Conselho será presidido pelo Ministro do STF e a função de Ministro-corregedor caberá ao Ministro do STJ ¹¹.

O juiz, palavra originada do latim *iudex*, é aquele que julga, que diz o direito, exercendo a jurisdição, sendo, portanto, uma autoridade investida de poder para, dizendo o direito, solucionar os conflitos de interesse a ele submetidos (79). Contudo, esse julgador, dotado de forte embasamento jurídico, não está plenamente capacitado a desenvolver opiniões sobre matérias específicas, relacionadas a outras profissões. E é nessa brecha de capacitação técnica que um árbitro com pleno entendimento sobre a matéria, no caso em discussão, a medicina, sobressairia ao juiz Estatal, ainda que não desempenhe a função pericial, completamente distinta.

Voltando ao cenário da jurisdição estatal, o braço entendedor do juízo sobre a matéria específica a ser julgada é o perito judicial. Trata-se de alguém hábil, versado,

¹¹ <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6638/Carreiras-juridicas-Magistratura>

douto, experto em determinada ciência ou atividade, ou seja, aquele que tem perícia. É um especialista em determinada área do conhecimento que presta ao juízo, de quem é um auxiliar da justiça, esclarecimentos técnicos (78).

A autoridade do perito decorre do binômio conhecimento/isenção. E claro, sempre pautados na confiança do juízo, aquele profissional, embasado nesse binômio, para sustentar a legalidade da sentença.

Vale dizer que é exatamente nesse momento processual que se abrem brechas para dissonâncias no entendimento do magistrado, uma vez em que este está à mercê de um parecer técnico. Daí a importância da relação de confiança no perito por parte do juízo que o convoca a participar da fase probatória da lide.

Apesar do paralelismo nos trabalhos do juiz e do perito, a grande intersecção se dá nas mãos do perito, por ter ele a enorme responsabilidade de influir fortemente em uma decisão judicial, sendo grandemente responsável por sua justiça ou injustiça, o que deve nortear a atuação do perito que deve ser, ao mesmo tempo, responsável e isenta.

José Ernesto Manzi ¹² cita que "**sentenças fundadas em laudos periciais**, mesmo que desfundamentadas (há quem ache motivação suficiente a transcrição da conclusão do perito), possuem estatisticamente uma maior possibilidade de serem mantidas em eventuais recursos. Sentenças que desenvolvem uma longa e dedutiva análise, para desconsiderar a conclusão do laudo pericial, adotando o conjunto da prova (a prova pericial não é soberana e prevalente sobre as demais, apenas faz parte do conjunto probatório que serve ao convencimento do juiz), terão uma possibilidade muito maior de serem reformadas. A fundamentação das sentenças contém esse paradoxo: quanto mais extensa, maior é a possibilidade de que se abram às críticas e, com elas, às reformas; decisões pouco fundamentadas (ou até desfundamentadas, como é o caso das que são mera transcrição de jurisprudência), parecem possuir uma aura de pura racionalidade, além de comungar da autoridade do tribunal que a originou, o que torna mais difícil o despertar das críticas, inclusive pela dificuldade de se refazer o raciocínio do juiz, mormente por não exposto, bem como de se criticar, indiretamente, a corte de que ela

¹² José Ernesto Manzi é Desembargador do TRT-SC. Juiz do Trabalho desde 1990, especialista em Direito Administrativo (La Sapienza – Roma), Processos Constitucionais (UCLM – Toledo – Espanha), Processo Civil (Unoesc – Chapecó – SC – Brasil). Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI – Itajaí – SC – Brasil). Doutorando em Direitos Sociais (UCLM – Ciudad Real – Espanha). Bacharelado em Filosofia (UFSC – Florianópolis – SC – Brasil).

deriva”.

A **motivação da sentença** é o que torna a decisão judicial democrática (o juiz não é eleito, mas, ao se impor que decida com base nas leis estabelecidas e demonstre tê-lo feito, torna-se o Poder Judiciário parte de um sistema democrático e não aristocrático – que é o que decorreria apenas da nomeação por concurso, entre os melhores). A **fundamentação do laudo** e a demonstração explícita de que se seguiu, de forma rigorosa, o método científico, é a garantia de que o documento não é uma mera opinião, preconceito ou conceito comprometido pela ideologia, ignorância, interesse do perito (80).

Resta então uma questão a ser abordada ao longo desse trabalho: se o julgador fosse obtentor de critérios técnicos, não para julgar sozinho o mérito com base em sua análise, mas sim para ponderar a análise pericial com embasamento criterioso da matéria, não seria a resolução para a dúvida levantada neste capítulo? Em outras palavras, um julgador médico não teria uma melhor plenitude para debate com o perito médico convocado ao caso, e conseqüentemente sua sentença não teria uma corpulência indiscutível a respeito do decidido?

1.4.4 Custos

Em regra, para o ajuizamento de qualquer ação judicial é necessário o adiantamento de custas processuais pelo autor da demanda, sendo que estas não guardam relação com os honorários devidos ao advogado pela prestação dos serviços. Na realidade, são valores pagos diretamente ao Estado, por meio de guias de custas expedidas pelos sistemas de arrecadação, que variam entre os entes da Federação.

Em São Paulo, para que uma petição inicial seja aceita pelo Judiciário Paulista e permita o regular andamento do processo, a parte que entrou com a ação precisará já ter pago: 1) As custas de citação da parte contrária, referentes à comunicação do Réu sobre a existência da ação judicial; 2) As custas de impressão de contrafé, que se trata da cobrança da impressão de uma cópia da petição inicial, que será enviada para o Réu pelo Tribunal de Justiça uma vez que, em São Paulo, 100% dos processos estaduais já tramitam

em formato digital; 3) As custas iniciais, que são taxas judiciárias que costumam ser as mais caras, pois correspondem a 1% sobre o valor da causa, tendo um piso, anualmente. Isto devido a normas de fixação do valor da causa (78).

Importante esclarecer às partes que essas custas são apenas aquelas de caráter inicial e que durante o trâmite do processo, podem surgir outras, tais como custas de recurso, honorários de perito, custas para pesquisa de endereço, etc. Ainda vale dizer que todas as custas adiantadas por uma parte, em caso de sucesso da ação promovida, serão devidamente reembolsadas pela parte contrária ao final do processo. A lógica, portanto, é que se a parte tiver razão, seja ela autora ou ré, deverá ser reembolsada pela outra parte de todas as custas que tenha pago.

Existem situações que alteram esse circuito de custas processuais, que é o abono destas se concedida assistência judicial gratuita, ao menos enquanto a parte beneficiada não dispuser de condições financeiras. Implica no abono de custas e honorários periciais que, nesses casos, são supridos com verbas da defensoria pública, conforme tabela de honorários vigentes à época da demanda.

O termo hipossuficiência é muito usado como registro de carência financeira, assim entendido quando não existem recursos suficientes para o próprio sustento.

Alguém que não possui recursos para se sustentar e arcar com suas responsabilidades financeiras é dito hipossuficiente. Atesta-se tal condição através de uma declaração, que passa a ser um documento formal atestando a incapacidade financeira de um interessado em arcar com os ônus pecuniários do processo judicial, instruindo o requerimento para que seja concedido o acesso à gratuidade de justiça.

O benefício da gratuidade de justiça se limita à suspensão da exigibilidade do pagamento das custas e despesas judiciais, mesmo àqueles que contam com advogados particulares. As custas e despesas abrangidas pelo benefício da gratuidade de justiça estão dispostas em rol taxativo nos incisos do §1º do Artigo 98 do Código de Processo Civil (CPC) vigente (78).

Tanto pessoas naturais como jurídicas podem ser beneficiárias da gratuidade de justiça. A simples alegação de hipossuficiência por pessoa natural é presumidamente verdadeira, nos termos do §3º do artigo 99 do CPC.

“§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.”

Contudo, o pedido de gratuidade de justiça da pessoa jurídica deve vir acompanhado de documentos que demonstrem peremptoriamente a situação de hipossuficiência da pessoa jurídica.

Ainda se corre o risco de o demandado ter que arcar com os custos de toda a parte probatória, a depender do entendimento do juízo. A Lei 8.078/1990, nosso Código do Consumidor, entrou em vigor em 11 de março de 1991, normatizando a favor do consumidor a aplicação da inversão do ônus de provar o que pleiteia, quando presentes a verossimilhança de suas alegações ou sua hipossuficiência perante a parte contrária(81). O legislador partiu do princípio de que o fornecedor ou o prestador de serviços é quem tem os meios de provar o que de fato houve naquela relação, ficando o consumidor muitas vezes sem ter como comprovar os defeitos e falhas praticados nesta relação.

Portanto, a análise dos fatos e argumentos apresentados pelas partes e o entendimento da presença de um dos requisitos acima devem fazer com que o juiz aplique a inversão e comunique esta sua decisão. Por certo que a parte requerida precisa estar ciente da referida inversão o quanto antes para que possa defender-se de forma adequada, tal crivo judicial deve ser o mais precoce possível dentro do rito processual (82).

Nesse momento, não se arca com o debate das litigâncias de má-fé que, caso ocorram, não isentam dos custos as pessoas beneficiadas por gratuidade da justiça.

Contabilizam-se por óbvio, os custos com equipe advocatícia, não apenas a quem a parte contratou, mas somam-se também, no momento de sentença ou de trânsito em julgado, os honorários sucumbenciais dos advogados da parte contrária.

Os altos valores indenizatórios julgados nas causas médicas, envolvem na maioria dos casos a somatória dos danos materiais causados e danos morais. Ainda podem se sobrepor danos estéticos, e para alguns, o dano biológico, trazido da jurisprudência italiana (83)

De forma geral, não há responsabilidade civil sem dano. O prejuízo patrimonial ou o dano material são perdas que acometem o patrimônio corpóreo de alguém. Já a reparabilidade dos danos imateriais ou morais é relativamente nova em nosso país, tendo

se tornado pacífica em 1988, com a Constituição Federal vigente, expressa em seu Artigo 5o, V e X. Com isso, em 1992 o Superior Tribunal de Justiça previu em Súmula de número 37 a possibilidade da cumulação em uma mesma ação, de pedido de reparação material e moral (84).

O pedido de dano moral sucede um ato que incita prejuízo psíquico à suposta vítima, colocando-a em posição de vergonha ou sentimento de abandono físico e mental. Isso passa a não ser uma verdade quando se trata de indenizar por tal razão uma pessoa jurídica, como traz a Súmula 227 do STJ. Mas como aferir pecuniariamente a ilicitude do ato que traz como consequência o prejuízo extrapatrimonial?

O Artigo 291 do Código de Processo Civil vigente, determina que o autor informe a quantia pretendida a ser recebida a título de dano moral. Contudo, caberá ao Juízo envolvido determinar tal valor devido, utilizando-se sempre de critérios objetivos para sua fixação, tomando como referência o binômio possibilidade do devedor e necessidade do prejudicado, ao lado do cunho punitivo-pedagógico da condenação e, notadamente, da repercussão na esfera dos direitos de personalidade de quem foi alvo do dano causado. Um levantamento de julgados em várias instâncias, envolvendo causas médicas até o final do ano de 2016, mostra que a categoria teve como decisões danos morais que foram dos 30 (trinta) mil reais aos 360 (trezentos e sessenta) mil reais de indenização, fora os danos materiais relativos a cada caso. Esses montantes financeiros colocam as causas médicas no judiciário como uma das demandas mais bem sucedidas nos ganhos de indenizações extrapatrimoniais em nosso país (85).

No montante gasto numa demanda judicial, há que se computar os honorários gastos com a equipe advocatícia. E não apenas a contratada pela própria parte, mas eventualmente a quantia arbitrada e a sucumbência devida à parte contrária, caso seja creditado a esta a resolução da demanda (86).

Definido como "sujeito especial do processo" (87), o advogado é profissional intermediário entre a parte e o juiz, tendo interesse em obter tutela jurisdicional favorável a seu constituinte, exercendo, para isso, em sua plenitude, a função postulatória. Esposando com tal postulado, é certo no vigente CPC (i) que a "sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor", ainda que não haja pedido expresso (art. 85, caput, c/c art. 322, § 1º); (ii) que os honorários constituem direito do advogado, mesmo que o profissional atue em causa própria, "e têm natureza alimentar,

com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial” (art. 85, §§ 14 e 17) (78).

O novo CPC trouxe substanciais alterações quanto às hipóteses de condenação em honorários, ao estabelecer que serão devidos honorários advocatícios não só na sentença, mas também “na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos cumulativamente (art. 85, § 1º), podendo o tribunal majorar os honorários fixados na fase de conhecimento, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal (art. 85, § 11) (88). Além disso, tal diploma, em seu parágrafo 2º do seu artigo 85, alterou os parâmetros de fixação dos honorários advocatícios de sucumbência, que agora devem respeitar o mínimo de 10 e o máximo de 20% “sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”.

Neste sentido, adjudicar em sistema arbitral poderia levar as partes, num primeiro momento, a custos e custas bem menores, se assim contratualizados, uma vez que não há uma rigidez normativa que obrigue um contrato entre particulares não os onerando. Esse tópico será discutido a posteriori.

Talvez haja, no futuro, um entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça de que, ao examinar a arbitrariedade de honorários advocatícios e sucumbenciais, posicione-se no sentido de que a má aplicação dos critérios preestabelecidos na legislação processual possa ser corrigida em casos extremos, com a finalidade de restabelecer um equilíbrio de natureza financeira, tanto quanto possível justo, entre a parte vencida e a remuneração do advogado da parte que venceu o litígio (89).

1.5 A relação médico-paciente em nossos dias

1.5.1 Contrato de prestação de serviços médicos

*Desfiz contratos,
Nestes distratos,
Tive maus-tratos...*

*Reprimi ingratos,
Guardei retratos.*

*Medos substratos?
Sutis desbaratos.*

*Contos abstratos,
Afiz bons tratos;
Coleciono gratos!*

(Bruno da Cruz Bueno)

Há um dito popular segundo o qual "hoje em dia o médico não tem mais pacientes, mas sim clientes!" Percebe-se isso pela postura não passiva das pessoas tratadas, que hoje já chegam informadas, e cobrando serviço adequado." Se se trata de uma verdade moderna, a necessidade de o médico modificar suas posturas também é premente.

A palavra cliente carrega em seu ventre a relação comercial, ou pelo menos a relação de consumo com a tal prestação de serviços e sendo esta uma prestação de serviços médicos, trata-se no geral de obrigação de meio, à exceção da Cirurgia Plástica, como visto em capítulo anterior.

Mas certamente não há que se perder de vista que a crise na relação médico-paciente, já demonstrada como certa nos dias de hoje, envolve muito mais coisas que uma "simples" falta de contrato. Na última década, o tema da humanização na medicina só fez crescer nos congressos médicos e nos meios hospitalares.

Tal contratualização então deve ser objeto de maior estudo jurídico, principalmente pela especificidade da relação consumerista tão peculiar nos casos médicos.

Nesta esteira, enxerga-se então, cada vez mais, a necessidade da contratualização formal de tais serviços quando entre dois particulares, deixando à parte a discussão sobre a prestação de serviços médicos no setor de atendimento público à saúde, onde essa necessidade cai por terra, ficando esse “contrato” implícito à Gestão.

Talvez, o primeiro grande entrave seja o médico entender a dimensão da importância dessa contratualização. Até então, o médico se dispõe a compreender que, mantendo um bom relacionamento, geram-se acordos verbais confiáveis, o que não significa uma verdade nem ao menos razoável quando se está quase na terceira década do século XXI.

Tal contrato deve ter características especiais em seu conteúdo tão específico, e como já mencionado, formalizado conforme normativas jurídicas.

Nessa extensão, um contrato entre particulares pode existir, ser válido e ter sua eficácia garantida de uma forma mais “solta” do que contratos com o setor público, pois valem as regras postas pelas partes, desde que lícitas e não comprometedoras de normativas constitucionais ou cíveis, respeitando o princípio da autonomia privada (90).

Uma vez impressa a necessidade da contratualização dessa prestação de serviços, ou seja, uma vez que se saiba da prioridade da existência desse tipo de documento formal, por que já não escolher um método, um meio pelo qual as eventuais desavenças possam ser resolvidas, dada essa possibilidade? Por que não estender esse contrato para uma resolução de possíveis conflitos, para uma jurisdição em que um suposto litígio seja resolvido de forma mais célere, de forma menos custosa, com uma publicidade restrita e por juízes familiarizados com a matéria tão específica a ser julgada, ou seja, um ato médico?

As peculiaridades das relações entre pacientes e médicos sugerem uma maior importância do contrato entre ambos e, nesse contexto, a arbitragem surge como uma consequência quase que natural, visto que é igualmente uma solução contratual e fundada na vontade das partes. É certo que isso leva ao problema da arbitrabilidade desse tipo de conflito, assim como há a questão da margem de disponibilidade do bem em questão para que se estabeleça o conteúdo do contrato entre médico e paciente. É fundamental que isso seja examinado pelas partes, assim como já sugerido em capítulo anterior. É necessária a

exposição do conteúdo contratual, o concorde e a mais absoluta ciência do paciente caso haja contrato com cláusula arbitral. Talvez até um contrato separado, cuja lucidez do que está sendo assinado por todas as partes seja de total eficácia.

1.5.2 Medicina defensiva e o afastamento médico-paciente

Haja vista a panorâmica do médico no judiciário, tomemos como passo a compreensão de algumas consequências psicossociais adotadas pela categoria e pela indústria de seguradoras com coberturas em responsabilidade civil que as têm cercado nas últimas décadas, para tentar driblar tais eventos judiciais, no sentido de minimização de danos para o profissional da área. Seria essa assertiva verdadeira?

Nos EUA, na década de 50, um caso que evoluísse para óbito e fosse questionado judicialmente, era indenizado em 150 mil dólares.

Atualmente, quando praticamente todos os médicos norte-americanos possuem seguros com altíssimos valores, um óbito chega a ser indenizado em até 10 milhões de dólares.

O que motiva esse aumento das indenizações é o fato de que 4 das 6 apólices disponíveis no mercado à época desse estudo possuíam, ainda que indiretamente, a regra da “denúnciação à lide”, o que obriga ao médico, em caso de processo, a trazer a seguradora à lide, que passa a figurar como ré, juntamente com o profissional. Ainda, a apólice de seguros é juntada obrigatoriamente aos autos. Tais fatos por si só descaracterizam a pessoalidade e a subjetividade da análise do caso, aumentando vertiginosamente as chances de condenação.

Ainda vale dizer que a apólice de seguros “sugere” ao juiz um valor para indenização, elevando assim as indenizações a patamares inimagináveis (91).

Em um mesmo estudo, a maioria dos seguros possuíam a característica de só conferir cobertura a fatos geradores ocorridos durante o período de vigência, e reclamados em até 3 anos após o fato. Dada a ciência de que muitas ações que tratam do tema proposto são ajuizadas após um prazo muito superior a 3 anos, pois o próprio Código de Defesa do Consumidor já garante aos pacientes um prazo de 5 (cinco) anos para reclamação, resta o questionamento sobre a proficuidade desta cobertura. Existem ainda diversos fatores

jurídicos que podem estender esse prazo até mesmo para décadas.

Nosso Código Civil de 2002, em Artigo 757, define a transferência da assunção do risco ao segurador, risco esse que não é necessariamente um bem ou um objeto material, mas também uma responsabilidade por dano causado por ações ou omissões no exercício da atividade médica. A premissa estabelecida é a minimização do risco, tanto patrimonial para o segurado, quanto o de não ser ressarcida para a vítima. É importante que seja verificado que a obrigação assumida pela seguradora é de pagamento e não de reembolso, motivo ainda de muitas queixas na Superintendência de Seguros Privados – SUSEP (92).

Apesar da grande crítica às coberturas desses seguros de responsabilidade civil, ou até à idoneidade de algumas seguradoras, talvez o foco, aqui, seja o apontamento do que esse escudo, o que essa suposta proteção contribuiu para o médico, para o paciente e para seus relacionamentos.

Acreditar que um seguro é garantia de reparação do dano cometido é abstrair da realidade todas as possibilidades humanísticas envolvidas num ato médico. A blindagem do patrimônio do profissional é um dos motes mais evidentes para a contratação de um seguro de responsabilidade civil, haja vista o conteúdo explanado no item “custos processuais”, a montante.

Vale dizer que essa postura protetiva patrimonial, somada a fatores psicológicos já descritos em capítulos anteriores, talvez tenham levado o profissional médico a se recolocar na relação médico-paciente. É cada vez mais comum o entendimento médico sobre a profilaxia jurídica no atuar de sua profissão.

E entende-se por profilaxia no campo jurídico o que há de mais claro, para o direito, na relação com o paciente: a positivação de contratos, não só de prestação de serviços médicos, mas também a de ciência e compreensão de tudo o que foi dito e explicado a respeito do diagnóstico e do plano terapêutico recomendado. Entende-se que esses últimos são termos de consentimento livre e esclarecido que notificam a informação do paciente, trazendo segurança ao médico que, de boa-fé, prestou esclarecimentos à parte hipossuficiente, assim entendida pelo Código do Consumidor.

É claro que se formos somar coberturas profiláticas e terapêuticas jurídicas como demonstrado acima, chegaremos a uma evidente mudança de condições no atendimento do paciente. Evidentemente, chega-se aqui ao termo “medicina defensiva”, com um claro aperfeiçoamento técnico e protetivo jurídico do profissional, contudo, um claro

afastamento interpessoal com o paciente. Houve sem dúvidas, nesses últimos tempos, uma “desumanização” da medicina.

A extrema especialização dos médicos, a tecnologia, os aparatos técnicos e humanos que cercam o médico são contribuintes desse afastamento. Estudos nacionais e internacionais apontam para essa demanda atual de reversão dessa deterioração do relacionamento (93). Os autores abrem questionamentos muito semelhantes, entre os quais a necessidade de programas e incentivos governamentais, desde a educação médica na graduação para o cuidado desse afastamento inerente à nossa época, a programas de recapacitação médica para que os profissionais não dependam de experiências pessoais para tal. Isto deve ser uma demanda social.

É de Theodore Fox ¹³ uma afirmação que nos centra plenamente no paciente como pessoa, como realidade única:

“Conhecer a pessoa que tem a doença é pelo menos tão importante como conhecer a doença que tem aquela pessoa”

Na contramão, o não conhecer o paciente, apesar de supostamente achar-se que este está amparado, parece, segundo Molière, não ser assunto recente:

"Morreu de quatro médicos e dois farmacêuticos"

A mudança comportamental do médico não é tão recente. Realizada em 2015, uma pesquisa com patologistas da mama concluiu que mais de 80% destes solicitaram testes em resposta a medos de negligência, recomendaram amostragem cirúrgica adicional ou solicitaram mais opiniões. Essas práticas defensivas foram atribuídas como tendo implicações importantes para os custos de saúde e segurança do paciente (94).

Estudos prévios corroboram com esses achados quando concluem que, anteriormente a 2005, 93% dos médicos praticavam seus serviços defensivamente em ambientes de alta responsabilidade, como hospitais; 43% destes solicitaram imagens quando não era necessário e 42% restringiram sua prática nos últimos 3 anos para reduzir

¹³ Sir Theodore Fortescue Fox foi um médico e pensador britânico (1899-1989), envolvido com educação médica, editor chefe por 20 anos da renomada revista de publicações de artigos científicos médicos “The Lancet” (1944- 1964).

sua exposição ao risco percebido (95).

Embora a norma e o sistema judiciário, como já entendido, protejam os pacientes da má conduta de um número relativamente pequeno de médicos, tal fato parece ter um efeito perverso na maioria dos médicos que se preocupam com a prática defensiva.

Outro recente estudo nacional sobre o tema conclui que, sempre à luz da ética, as consequências da medicina defensiva e seu conhecimento por parte dos pacientes tendem a dificultar ainda mais a relação médico-paciente, devido à redução da confiança do paciente em relação ao profissional. A dilatação dos prazos para diagnosticar o problema de saúde para que se busque a cura, além de punir o paciente que depende do Sistema Único de Saúde, aumenta substancialmente o custo do serviço de saúde, tanto em âmbito público quanto privado. O mesmo estudo ainda conclui que a falta de incentivo à mediação e à conciliação na seara hospitalar também favorece a medicina defensiva, dado que o médico se sentiria mais protegido se cada instituição contasse com um segmento interno para cuidar das relações com pacientes, algo que não se observa mundialmente. Do grupo pesquisado, a maioria recorre à medicina defensiva para se resguardar contra processos por má conduta profissional (96).

A Medicina Defensiva é um desvio da prática médica sensata, induzido, principalmente, pela ameaça de processos por negligência profissional. De forma catalisadora, entende-se que, como numa roldana infinita, num mecanismo retroalimentado ou ainda como se queira, numa situação de um imenso *feedback* positivo, médicos e pacientes parecem inequivocamente estarem cada vez mais afastados, por uma relação cisada, num campo onde as forças tensoras os afastam peremptoriamente. Em epílogo deste trabalho, serão elencadas algumas ideias como tentativas de quebra deste circuito de afastamento relacional quase indissolúvel (figura 1).

Talvez, num ambiente de maior segurança, entendendo a prevalência do que foi contratualizado, de sigilo e de maior celeridade (melhor resolver o litígio de forma rápida, ainda que eventualmente desfavorável), os desconfortos apontados pudessem ser atenuados. Nessa esteira, pode-se dizer que adjudicar num ambiente arbitral, além de promover uma solução contratual para um ambiente em que o contrato ganha cada vez mais importância, parece se mostrar novamente como uma solução adequada às peculiaridades da relação médico-paciente.

Obviamente quando se fala desta relação tão específica, como já em alguns apontamentos desta tese, adjudicar em ambiente arbitral traz consigo necessidades

contratuais também características para esta relação. Logo, passa a ser solução adequada desde que se enquadre nas normativas vigentes ao relacionamento desigual das partes, apresentando soluções de advertência e plena ciência do paciente, ora cliente, quanto a possível cláusula arbitral ou simplesmente ser um compromisso arbitral, depois do fato ocorrido. Desta última forma, está implícito no consentimento a verdadeira vontade da parte hipossuficiente em se relacionar através de tal meio de resolução.

Desta forma, o ambiente contratual, entendido como profilaxia jurídica no consultório médico, robusto e abrangente, pode cumprir seu papel informativo ao paciente, e protetivo ao médico, uma vez entendido que munido de boa-fé o profissional apresentou ao paciente informações cabíveis, que foram concordadas em plena ciência de todos as cláusulas existentes, de todos os contratos apresentados.

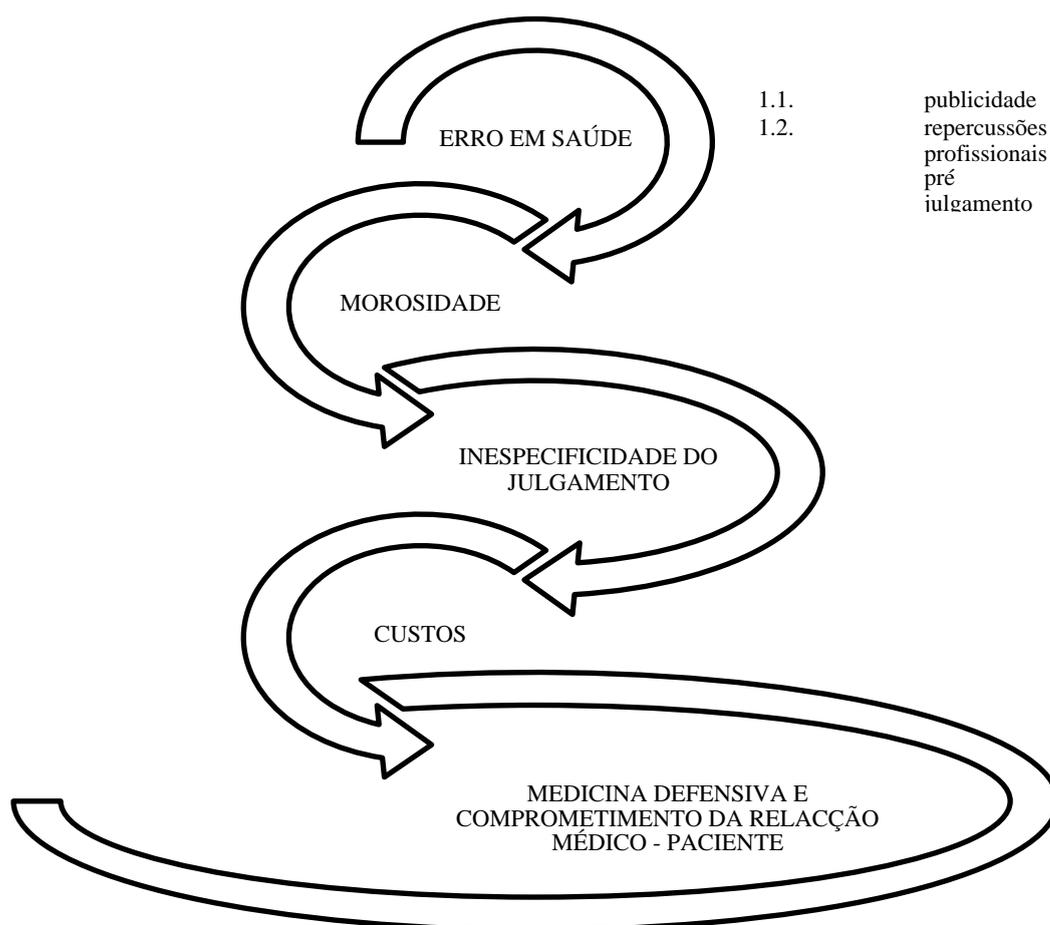


Figura 1. FEEDBACK +; CICLO DE RETROALIMENTAÇÃO DO STATUS SÓCIO-JURÍDICO DO MÉDICO ATUAL (Fonte: Autor)

Capítulo 2

1. Formas de resolução de conflitos fora da tutela estatal

Justiça Multiportas é a expressão de uma nova arquitetura para a tutela dos direitos, compondo juntamente com a tutela Estatal, um quadro de possibilidades alternativas de acesso, diversas portas, diversas justiças, para uma só finalidade: a resolução do conflito. Evidentemente, o grande "átrio" do Poder Judiciário representa a segurança da estrutura pensada para os direitos fundamentais dos indivíduos e dos grupos, embasando a segurança de que o investimento em qualquer outro sistema resolutor de lides será válido enquanto for também, ao mesmo tempo, constitucionalmente adequado. "Esta nova adequação da justiça atende as situações jurídicas disponíveis e indisponíveis, individuais e coletivas, entre partes públicas e privadas, sendo um ponto distintivo na história da acessibilidade aos direitos e à justiça" (97).

Sobrecarregado, o Poder Judiciário incitou no Brasil estudos e iniciativas em busca de soluções que trouxessem novas perspectivas para a prestação jurisdicional. Nesse rumo, não há dúvidas de que o CPC/2015 tem como bases o princípio e o dever de estímulo à solução consensual dos litígios. O princípio foi estabelecido como norma fundamental, na parte geral do Código e atinge inclusive todos os demais processos e procedimento não-codificados pela função estruturante que essa parte geral exerce em tal ordenamento (re)codificado (Art. 3º, § 3º).

A **Justiça Multiportas** mostra-se no CPC por entidades conhecidas, além da jurisdição estatal, como a mediação, a conciliação e a arbitragem, registradas em diversas passagens com a clara intenção de encorajar um novo porte para todos os envolvidos com a tutela dos direitos, inclusive dos próprios operadores do direito, dos quais é exigida cooperação, como na audiência obrigatória de conciliação e mediação, normatizada no Art. 334 da nova normativa.

Certamente, o maior obstáculo é de cunho cultural de todas as partes envolvidas: juízes não querem perder poder; advogados não querem perder mercado de trabalho; as partes não querem ter maior custo ou tramitar suas demandas em terreno incerto e desconhecido; e o Judiciário não quer ter maior responsabilidade (97). A investidura nessas outras formas jurisdicionais, possibilita que uma sociedade, adaptada em litigar e judicializar como únicas possibilidades, encare a decisão judicial como última alternativa.

Deve-se distinguir do litígio judicial o método adequado de trabalho para a resolução de conflitos. Na tutela Estatal, as partes são personagens imprescindíveis, em teoria, mas, na prática, não exercem uma função tão efetiva, a não ser na busca ao mérito da questão na demanda judicializada. Atuam por meio de seus advogados, que investem em discurso técnico, assim como o magistrado, num olhar retrospectivo da lide, outorga tal decisão.

Por outro lado, nos métodos autocompositivos, as partes são reais protagonistas do procedimento. O objetivo, especialmente da mediação (98), possibilita aos interessados a capacidade de identificar o cerne das controvérsias e de, supostamente, implementar um diálogo. Nessa esteira, fala-se em visão prospectiva, no intuito de que aquelas partes não só resolvam o conflito, como também tenham a capacidade de evitar novas demandas judiciais, olhando para o futuro. Dos diversos princípios orientadores de nossa legislação, vêm à tona os da autonomia das vontades e o da confidencialidade, hoje suportados pelo CPC em seu § 3º do art. 165, discorrendo sobre o dever do mediador auxiliar “os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (78).

A conciliação e mediação são métodos autocompositivos distintos, como indica o próprio novo código de processo:

Art. 165. (...) § 2º "O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem."

Art. 165. (...) § 3º "O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos."

Em relação aos terceiros imparciais auxiliares da justiça (BRASIL, 2015), mediadores e conciliadores são personagens fundamentais, devendo primar pela isonomia entre as partes e viabilizar o diálogo seja por "auxiliar na compreensão das questões (mediador), seja por sugerir soluções para o litígio (conciliador)".

Para definir um sujeito como mediador ou conciliador extrajudicial não há maiores exigências, bastando ser terceiro imparcial que detenha a confiança das partes, como normatizado pelo art. 9º da Lei 13.140/2015:

“Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.”

Mais complexa ficam as disposições das figuras do conciliador e do mediador judiciais, estipulando a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), em seu art. 7º que os conciliadores serão escolhidos preferencialmente entre bacharéis em Direito. Todavia, encontra-se também em Resolução do CJN nº 125/2010, a previsão em seu art. 12, que nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania só poderão atuar conciliadores e mediadores capacitados na forma do referido ato normativo. Na mesma esteira de exigências, mas desta vez em nosso Código Processual vigente, o *caput* e § 1º do art. 167 adverte sobre a necessidade dos conciliadores e mediadores estarem inscritos em cadastro nacional, desde que preencham o requisito de capacitação mínima, qual seja, curso realizado por entidade credenciada, conforme definições estabelecidas pelo CNJ. A última ocorrência normativa sobre o assunto se deu com a Lei de Mediação e Arbitragem 13.140/2015, que é legislação posterior e especial, em relação ao CPC/15, e acrescentou outro requisito aos mediadores judiciais: ser graduado há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação (78).

Na mediação ou conciliação judicial, as partes obrigatoriamente devem estar acompanhadas por advogados ou defensores públicos, conforme previsto no § 9º do art. 334 do CPC/15 e art. 26 da Lei de Mediação, exceto nas hipóteses em que se dispensa o advogado, como ocorre no âmbito da Lei 9.099/95.

Porém, quando a via for autocompositiva extrajudicial, a presença de um profissional do direito não se estabelece indispensável, mas vale a observação de que este acompanhamento profissional é sempre de bom tom, na medida em que as partes emitirão vontades e firmarão compromissos com consequências jurídicas.

Quanto ao magistrado, este continua a exercer papel essencial perante o processo, contudo, sob uma ótica mais gerencial. Sendo assim, não se pode negar o exercício do Sistema Multiportas do CPC/15, tendo em vista como exemplo o já mencionado art. 3º, em seu § 3º que traz ao juiz o dever de estimular os métodos de solução consensual dos conflitos, reforçados pelos art. 139 e 359 do código, como a seguir:

"Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...) V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. (grifo nosso)"

"Art. 359. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem."

Controvérsias na área da saúde já têm sido tratadas, há muito, com meios autocompositivos de resolução, ainda que de forma bem modesta. A seguir, serão dispostas em itens deste capítulo algumas passagens pela experiência nesses métodos na medicina, deixando para o próximo capítulo o tema central de toda essa discussão, que é a arbitragem como possibilidade de sistema judicial para abrigar disputas médico-pacientes.

2.1 Mediação e conciliação na saúde

O termo ADR, de *Alternative Dispute Resolution*, é normalmente usado em alguns países como os Estados Unidos da América (EUA) para designar uma variedade de mecanismos de resolução de conflitos, possibilitando o atendimento de uma ampla variedade de objetivos sociais, comerciais, legais e políticos, como apresentado no comparativo entre as formas de ADR (mediação e arbitragem) e o procedimento judicial, como mostra tabela a seguir (99);

Tabela 1: Comparação entre o alcance de objetivos dos envolvidos com a utilização de mecanismos de *Alternative Dispute Resolution* - ADR e de procedimento judicial .

Objetivos dos envolvidos	Mecanismo ADR		Procedimento judicial
	Mediação	Arbitragem	
Minimizar os custos	3	1	0
Resolver rapidamente	3	1	0
Manter a privacidade	3	3	0
Manter relações	3	1	0
Obter opinião neutra	0	3	3

Legenda: 3 - altamente possível o alcance do objetivo; 2 - possível o alcance do objetivo; 1 - improvável o alcance do objetivo; 0 - altamente improvável o alcance do objetivo.

Ao lado do CPC, a mediação teve seu primeiro projeto legislativo datado de 1998, mas não teve apoio político para se transformar em lei. Foi pelo PLS 517/2011, que a matéria ganhou destaque no Congresso Nacional e atingiu sua maturidade com a edição da Lei 13.140/2015. A Lei da Mediação regula essa atividade no âmbito público e privado, de modo exaustivo e deve ser compreendida de forma coordenada com o novo CPC, em um diálogo de fontes (97).

Para que exista uma reclamação de negligência médica contra um médico, a parte supostamente lesada (o paciente ou a família do paciente) deve demonstrar a

probabilidade da ocorrência de elementos presentes na história da má prática, ou seja, um padrão de preponderância da evidência: (1) o paciente estava sob os cuidados daquele médico; (2) o médico foi negligente, imprudente ou imperito na execução da sua prestação de serviços; (84) a ação negligente do médico foi a causa imediata das lesões do paciente, ou seja, há umnexo causal; e (11) a lesão do paciente resultou em danos, sejam econômicos ou outros. Ainda pode ocorrer, muito comumente na atualidade, falha em obter consentimento informado adequado (100).

É de interesse social criar uma cultura onde não apenas o médico em sua individualidade, mas também o sistema de saúde como um todo não pratique uma “medicina defensiva”, ocorrência nítida devido ao todo antes exposto acima, e sim que ambos promovam melhorias em seus atendimentos individuais e sistêmicos. Para tal eficácia, o sistema deve promover uma cultura de comunicação aberta e eficiente entre médicos e pacientes, mesmo após um resultado negativo, independentemente de culpa (101).

O Centro Médico de Lexington, Kentucky, Veterans Affairs (VA) foi um dos pioneiros nessa área. Em 1987, o Lexington VA implementou um Programa de Resolução e Comunicação, que forneceu divulgação completa da ocorrência que resultou em dano, bem como uma expressão de pesar em nome da instituição e seu corpo clínico.

Sob esse sistema, os pacientes e suas famílias são convidados a trazer advogados para discutir ofertas de compensação no início do processo, tendo sido um marco para a mediação na área da saúde norte-americana (61).

A transparência na comunicação com os pacientes que passaram por intercorrências médicas, assim como para com seus familiares também, é essencial, e está no rol de obrigações éticas e, por que não, humanas, de sua prestação de serviços. Essas obrigações éticas são baseadas nos princípios da autonomia, beneficência e não maleficência e nas virtudes da compaixão, coragem e honestidade.

Modelos “alternativos” de resolução de disputas atenuam o estresse sobre os médicos, diminuem a ênfase da tendência dos sistemas de saúde para tentar esconder falhas e ajudar a evitar arrastar os médicos, pacientes e outros por meio de processos demorados, caros e prejudiciais à reputação do profissional. Tais modelos também podem mitigar o estresse nos pacientes e permitir que estes recebam uma compensação razoável em um período de tempo razoável, sem problemas emocionais e o “pedágio financeiro” do árduo processo de contencioso, e ainda criando um ambiente cultural, legal e

econômico onde os programas de comunicação e resolução podem prosperar (101).

Manter a confidencialidade e uma atitude de colaboração entre as partes são valores importantes que fundamentam a mediação que é particularmente adequada para resolver disputas relacionadas a cuidados em saúde (102). Obviamente, os profissionais de saúde assim como as instituições de atendimento zelam por sua imagem e reputação, assim como os pacientes também zelam por sua privacidade, evitando exposição e quiçá estigmas sociais por conta de sua intimidade médica.

Além do treinamento do processo de mediação, quase todos os cursos de treinamento de mediação catalogados pelo judiciário fornecem algum treinamento em comunicação e habilidades em negociação. A maioria dessas habilidades - por exemplo, escuta ativa, reenquadramento, reconhecimento de sentimentos, etc.- são relevantes para a prática clínica diária onde a interação humana é inevitável. Profissionais de saúde que participam de cursos de treinamento de comunicação encontram certamente uma experiência de aprendizagem muito frutífera, independentemente de concluírem o exame de creditação do diploma de mediador (103).

O processo de mediação pode desempenhar um papel vital em comunicações difíceis após um evento adverso médico. A comunicação empregada pela equipe para acalmar as emoções dos pacientes e seus parentes, o reconhecimento de sentimentos, a escuta ativa e a expressão de empatia são importantes habilidades para lidar com a carga emocional da parte que se sente injuriada. Está provado que a comunicação eficaz, subsequente a eventos adversos, pode reduzir o número de demandas judiciais contra os médicos envolvidos no caso (61).

Em 2017, foi publicado no *Journal of American Medical Association* um trabalho envolvendo experiências de um grupo de 30 pacientes com o Programa de Comunicação e Resoluções em Hospitais de Boston, Massachusetts e Califórnia, sendo que 18 deles tiveram uma boa experiência com esse canal de comunicação e resolução hospitalar de conflitos (104).

Uma comparação de processos por má prática médica mediados e julgados em tribunal na China (102), compara as características dos processos judiciais entre os casos mediados em juízo e os julgados em juízo. Evidencia-se que mais da metade das ações (50,9%) foram julgadas em juízo e quase a metade foram mediadas (49,1%) em juízo. Comparado com a porcentagem de casos mediados com sucesso em tribunal na Alemanha (95,2% sucesso), esse resultado é muito menor. Em outras palavras, a maioria dos

processos judiciais na China prosseguiu contenciosamente no judiciário até o julgamento final.

Os apontamentos anteriores corroboram a noção de que soluções de controvérsias fora do meio judicial, embora não sejam um fenômeno recente, passam por um processo de regulação e institucionalização em âmbito mundial. Logo, o florescimento internacional da arbitragem e dos mecanismos conhecidos em geral por *Alternative Dispute Resolution* (ADR) são a manifestação mais concludente das transformações em curso nos processos convencionais de resolução de conflitos (105).

Estudos na Espanha têm o objetivo de promover e incentivar os sistemas *extrajudiciales de resolución de conflicto*, com o sentido de aplicar a mediação na prática e introduzi-la na legislação. Na saúde espanhola, sugerem a utilização do método nas áreas sanitária, nas demandas por negligência médica e em demandas interculturais em saúde (106).

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp) implantou em 2017 um projeto pioneiro de Conciliação Ética em todo o Estado, com o objetivo de dar celeridade a conflitos que ainda estão na fase de sindicância e que envolvem situações mais simples entre médicos e pacientes. Essa iniciativa é respaldada pelo Código de Processo Ético-Profissional, disciplinado pela Resolução CFM nº 2.145/16, em seu artigo 18, que indica a possibilidade do procedimento conciliatório, exceto quanto aos casos que envolvem lesão corporal de natureza grave, assédio sexual ou óbito do paciente, além de proibir qualquer forma de acerto pecuniário. O próprio Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 21/2015, que recomenda aos Tribunais e Corregedorias de Justiça a utilização de mecanismos consensuais de resolução de conflitos, quando diante de infrações de natureza administrativo-disciplinar que apresentem reduzido potencial de lesividade (107).

Criada pelo Ministério Público de Minas Gerais, a mediação sanitária é uma proposta institucional que visa discutir os desafios (problemas-causas) coletivos de saúde, no âmbito micro ou macrorregional, a partir do seu ativismo em uma agenda que possa envolver todos os atores do Sistema, jurídicos ou não.

A idealização da mediação sanitária parte da percepção de duas situações político-institucionais: (a) o impacto negativo da judicialização de conflitos sobre prestações de serviços de saúde no orçamento e no planejamento coletivo da saúde; e (b) a “necessidade da (re)organização das ações e serviços de saúde, no âmbito regional, de

forma solidária e não solitária, com participação democrática, visando a elaboração desse mesmo planejamento de saúde numa perspectiva integrada e regional (108).

No Brasil, a Resolução 125 do CNJ, de 2015, infere nas condições adequadas ao tratamento de conflitos e dispõe sobre a possibilidade de mediação e conciliação, *in verbis*:

Art. 1º. "Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade." (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13) Parágrafo único. "Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão." (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

A mediação facilita a compreensão dos pacientes e suas famílias sobre a prestação de serviços médicos e hospitalares, a partir da ênfase em esclarecer as informações médicas que são, em sua maioria, complexas e geradoras de incertezas. Desta forma, a partir do diálogo entre as partes, há maior facilidade de elucidar questões não resolvidas, pois a mediação adota mecanismos de atuação que favorecem uma mudança de comportamento, reduzindo ou solucionando o conflito, além de preveni-lo no futuro (109).

A comunicação não-violenta, uma vez que representa um meio estratégico para a mediação e sua execução, garante o restabelecimento das relações sociais, a partir do processo que efetivará a busca de troca entre as partes para que resulte em consenso (110).

Talvez, os dois maiores obstáculos à mediação de disputas médicas venham dos

principais jogadores: médicos e advogados. Estudos norte-americanos sobre mediação médica mostram que a maioria das mediações ocorre sem a presença dos médicos por uma série de razões: (i) eles não querem enfrentar seus pacientes face a face; (ii) estão muito ocupados em suas práticas médicas; (iii) apenas querem deixar para suas seguradoras fazerem o acordo.

Por outro lado, os advogados de defesa dizem aos médicos para não comparecerem à mediação por medo de que possam ser muito francos, o que os deixaria vulneráveis a ceder na mediação ou falhar e o paciente prosseguir com o litígio. Além de desencorajar os médicos de comparecerem à mediação, alguns advogados não a preconizam por claros interesses econômicos (111). Um estudo americano mostrou que um advogado gastou 3,5 horas em média se preparando para a mediação e mais de 36 horas se preparando para um julgamento (112).

Contudo, vale dizer que não há que se estabelecer o limítrofe entendimento de que a mediação seja uma panacéia para todos os males, até porque mesmo dentro do que se entende por autocomposição, ou até meios heterocompositivos extrajudiciais, como a arbitragem, existem outros mecanismos e sistemas possíveis de utilização em situações diversas. Estas podem necessitar de diferentes técnicas de resolução, como uma terapêutica adequada para cada situação.

Capítulo 3

2. A arbitragem como método

A arbitragem constitui um meio de solução de conflitos, com bases divergentes ao modelo estatal, fazendo com que mesmo alguns "institutos processuais clássicos do método estatal", quando submetidos na sua realidade, tomem proporção peculiar. A jurisdição Estatal Nacional como tutora para meios de resolução de conflitos está saturada. É preciso que operadores do Direito, principalmente advogados, partam para a busca pelo estudo e prática de outros sistemas jurídicos, ou melhor dizendo, extrajudiciais estatais, existentes para tais resoluções.

Conhecida e cada vez mais densa, a doutrina arbitral era em 2009, na essência, estruturada por notáveis civilistas, internacionalistas, comercialistas e enfim, por arbitralistas (de forma geral, consagrados juristas, destaques no direito material e experientes no direito diverso). "A matéria processual costumava ser trazida de forma esparsa, logo estudava-se a arbitragem "mediante um corte processual evidente", olhando seus mecanismos endoinstrumentais à luz da premissa de sistema adotada. Nem toda processualização do instituto é ruim, desde que as premissas desse caminho sejam as do próprio processo arbitral e não do judicial" (113). Para esse entendimento, foi fundamental a existência de doutrinadores processualistas engajados neste sistema.

Está superada, há muito, a concepção de que "o processo arbitral nada mais é do que um mecanismo alternativo de composição de controvérsias". É alternativo pelo fato de que ainda que timidamente, mesmo na atualidade, auxilia de forma limitada, a atuação do Judiciário estatal. Com bases convencionais, desenvolve-se de forma concreta nos termos da teoria geral do processo. Tem ação e realização num ambiente processual. Mas distancia-se, em grande parte do tempo, do modelo estatal por "conter instrumentos que atuam de forma típica, embora com a mesma estabilização de decisões e respectiva pacificação de conflitos", e em muitas situações, de forma mais eficiente do que na esfera estatal. Há de fato uma maior flexibilidade procedimental se comparada ao processo estatal. Diz-se, portanto, que "o processo arbitral atinge níveis de adaptabilidade procedimental em graus altíssimos" (113).

3.1 A relação com o direito material

Aqui demonstra-se o grau de potencialidade da autonomia da vontade no processo arbitral, pelo simples fato de as partes poderem eleger a lei material que deverá ser aplicada pelo árbitro (art. 2.º, § 1.º da Lei de Arbitragem - 1996). Logo, o espectro de possibilidades é amplo, supondo que “não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

"Pode-se falar de lei brasileira ou mesmo estrangeira, não importa. Uma vez eleita, o árbitro a ela estará vinculado". Segundo Parente, isto põe em evidência um aspecto operacional do sistema do processo arbitral absolutamente distinto do estatal. Estipulando-se na convenção, ou mesmo já no início do procedimento, no termo de arbitragem, por exemplo: "esta ferramenta integra o modelo operacional do processo arbitral, trazendo grande influência em seu resultado e demonstrando que este fechamento operacional apresenta, com sua autorreferência, absoluta autonomia no tocante ao modelo do processo estatal" (113).

"Ademais, clara é a questão da abertura cognitiva do sistema processual arbitral no caso, na medida em que permitirá, com isso, o ingresso em seu microcosmo daquilo que as partes elegerem para atuar no resultado do processo arbitral". O fato de as partes poderem escolher qual será o direito a ser aplicado à questão cerne da controvérsia, por si só demonstra "o quão característico, sistemicamente, é o processo arbitral em relação ao estatal no tocante à relação com o direito material". A eleição do direito material é fundamental na relação entre processo e direito no sistema do processo arbitral. "Isso o diferencia em absoluto do modelo estatal" (114).

Por outro lado, o sistema do processo arbitral também interfere no do direito material. Isso evidencia-se melhor no processo estatal, onde a interpretação da jurisprudência tem ganhado enorme força nos últimos anos e "vem sendo tratada como fonte do direito". O mesmo ocorre com o julgamento arbitral, porém, como apontá-lo se há a possibilidade de o processo arbitral ser sigiloso? Vê-se aqui uma consequência da submissão à Arbitragem.

Na contramão, revistas especializadas em Arbitragem têm trazido algumas teses de direito dirimidas em arbitragens, sem quebrar o sigilo contratualizado entre as partes. Isto torna concreta e pública a produção jurisdicional arbitral, doutrinando via precedente e cumprindo outros escopos da jurisdição arbitral, em especial o pedagógico (113).

3.2 A relação com o direito processual

Esta comunicação entre o processo arbitral com o direito processual (115), dá-se basicamente por meio de dois pilares:

3.2.1 Relação com normas e princípios

O árbitro se respalda no sistema do processo estatal, quando não se choca com os princípios do processo arbitral, ou seja, a autonomia da vontade e a característica nata de não ser regulado por nenhum outro sistema que não pelas próprias fontes. E mesmo quando essa "migração de elementos do processo estatal para o arbitral não ocorre de forma voluntária, ainda assim, naturalmente, os sistemas se cruzam em determinados momentos". Exemplifico. Ao tratar de sentença, a Lei de Arbitragem abriga o conceito que é do Código de Processo Civil. A lei arbitral, não disciplina "sentença", simplesmente "trata, por exemplo, do prazo em que será proferida (art. 23), dos requisitos formais (arts. 24 e 26) e dos encargos processuais (art. 27). O conceito de sentença para o processo arbitral é o estampado no processo estatal, no Código de Processo Civil (116).

O mesmo ocorre com outros institutos típicos do processo estatal. A Lei de Arbitragem não normatiza o passo processual da audiência, tão pouco o conceitua. A lei apenas "consigna que o árbitro poderá tomar depoimentos, em local e dia previamente comunicados por escrito, e qual a consequência da recusa do depoente (art. 22)". Da mesma forma é em relação a mecanismos recusais na arbitragem (117).

O legislador estabeleceu nos artigos. 13, § 6.º, e 21, § 2.º da Lei de Arbitragem,

que o processo arbitral deverá respeitar “princípios”, e que estes "seriam os mesmos do devido processo legal que a Constituição dispõe sobre o processo estatal quanto ao contraditório, à igualdade das partes, à independência, ao livre convencimento do julgador e da sua imparcialidade (118).

3.2.2 Relação com o processo judicial

Carlos Alberto Carmona defende o termo "processo arbitral", preferindo-o a procedimento arbitral, pois sua visão é de perfeita equivalência entre a arbitragem (mecanismo jurisdicional) e o processo estatal (mecanismo também jurisdicional): em outras palavras, o árbitro faz, efetivamente, o papel de juiz, de fato e de direito, e por isso a própria natureza jurídica do instituto responde a essa ideia de jurisdicionalidade (119).

O relacionamento entre juiz e árbitro em suas funções tem sido tema de discussão na Doutrina. "Quando o árbitro busca amparo no Judiciário, assim o faz fundado em normas do processo estatal. É dizer, a base desse expediente está na Lei de Arbitragem, mas os subsídios técnicos, em especial quanto à concretização das medidas, estão no sistema do processo estatal. A necessidade de condução coercitiva de testemunhas (art. 22, § 2.º), o *enforcement* das medidas de urgência ou de tutela específica proferidas pelo árbitro (art. 22, § 4.º), ou, ainda, a correlação entre execução de título extrajudicial e o trâmite de embargos à execução no juízo arbitral são exemplos. Juiz e árbitro em relação de comunicação integrativa em prol do resultado. Esse contexto demonstra a relação de comunicação entre os sistemas" (120).

Em contrapartida, para manter autonomia e, com isso, seu caráter como sistema, o processo arbitral deve sofrer o mínimo possível a intervenção do Judiciário. Ou seja, evita-se a todo custo qualquer tendência à judicialização do sistema arbitral. Segundo SALLES, “a judicialização da arbitragem acarreta uma subversão no nexo de sua instituição consensual, significando alterar-lhe o nível da prestação jurisdicional, sem qualquer benefício para o instituto célere e especializado escolhido” (121).

3.3 A necessidade de arbitrar apenas direitos disponíveis

Indisponível é o direito que justamente não se frui, que é irrenunciável ou inalienável. A indisponibilidade no direito comumente se observa em duas situações, que podem gerar confusão: as que se referem ao próprio direito do titular (como direitos da personalidade, direito à vida, direito às férias – no âmbito trabalhista), um direito indisponível ou ainda quando se refere a um bem (que não se pode vender, alienar), tratado usualmente como bem indisponível.

O direito é indisponível quando o seu titular não puder se desfazer dele por sua vontade própria, pois há uma ingerência estatal.

Em outras palavras, há uma ingerência do Estado sobre tal direito do autor. Destarte, numa arbitragem, ou mesmo em sistemas autocompositivos, fica clara então a necessidade de a controvérsia discutida ser sobre direitos disponíveis.

Indisponíveis são os direitos dos quais a pessoa não pode abrir mão, como o direito à vida, à liberdade, à saúde e à dignidade. Uma pessoa não pode vender um órgão do seu corpo, embora ele lhe pertença (122).

A jurisprudência do STJ confirma o novo alcance da tutela de direitos indisponíveis pelo Ministério Público, hipótese plenamente garantida pelo art. 127 da CF/1988 (PACHECO, 2018), mas que, enquanto norma de eficácia limitada, necessitava de parâmetros definidores acerca do conceito de indisponibilidade. Vê-se neste acórdão (BRASIL, 2007):

Ementa: RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PESSOA IDOSA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Este Tribunal Superior possui entendimento pacífico no sentido de que o Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública, com o objetivo de tutelar direitos individuais indisponíveis. 2. O direito à vida e à saúde são direitos individuais indisponíveis, motivo pelo qual o Ministério Público

é parte legítima para ajuizar ação civil pública visando o fornecimento de medicamentos de uso contínuo. (q.v., verbi gratia, EREsp 718.393/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 15.10.2007).

Para Carlos Alberto de Salles, “quanto à relação entre bem e sujeito, a regra é da disponibilidade e a exceção, a da indisponibilidade. Os bens jurídicos, como regra geral, são disponíveis, isto é, podem ter sua titularidade modificada, direta ou indiretamente, pela vontade de seus titulares ou por decisão judicial” (123)

Disto, observa-se que qualquer matéria e direito disponíveis, mesmo no ramo da saúde, podem e devem ser discutidos pelas partes, onde e como lhes convier. Em “Vocabulário Jurídico” de De Plácido e Silva, encontra-se um bom conceito sobre disponibilidade:

"Na linguagem jurídica, disponível, de dispor (latim disponere), quer exprimir tudo de que se possa dispor livremente. E, a rigor da técnica jurídica, quer então significar alienados, porque se encontrem livres e desembaraçados e porque pode o alienante dispor deles a seu bel-prazer, visto ter capacidade jurídica e estar na livre administração dos mesmos bens" (124).

Uma cartilha informativa formulada em 2010 pela Comissão de Arbitragem da OAB/MG, esclarece problemas passíveis de solução arbitral, e dessa forma, explanou sobre esses direitos (125):

*"Podem ser resolvidas, por arbitragem, quaisquer disputas envolvendo direitos **patrimoniais disponíveis**, ou seja, direitos que tenham valor econômico e que possam ser comercializados ou transacionados livremente por seus titulares. Esse conceito abrange uma ampla gama de questões, desde a violação de contratos dos mais variados tipos, passando por disputas entre sócios de empresas, até conflitos entre vizinhos. (grifo nosso) Não podem ser solucionados por arbitragem litígios*

relativos a Direito Tributário, Direito Criminal, Direito de Família e Sucessão (salvo matérias de natureza exclusivamente patrimonial e disponível)".

Por princípios, a saúde não é bem apreciável pecuniariamente. Logo, não é bem patrimonial, assim como não se estabelece disponível. Sob essa ótica, em um primeiro momento, dir-se-ia que não há arbitrabilidade para a sua defesa, o que não é minimamente verdade.

O cunho não patrimonial definido pela lei de arbitragem está realçado pelo artigo 852 do Código Civil que formaliza assunto da seguinte forma:

Art. 852. "É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal, de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Ainda que no trilho da saúde seja um bem de caráter não-patrimonial, a defesa do direito à mesma pode conter primeiramente direitos patrimoniais e a saúde apenas aparecer como um cenário, um pano de fundo do conflito. Desta forma, o direito à saúde por vezes se defende diretamente. Em outros casos, entretanto, defender a saúde implica defesa indireta, especificamente quando a relação principal é econômica, ou seja, obrigacional e contratual (121). A saúde é bem não-patrimonial e indisponível. No entanto, as relações contratuais entre médicos e pacientes, entre planos de saúde e beneficiários, entre hospitais e usuários, dentre outras, estabelecem contraprestação ao serviço de saúde e esta relação contratual-obrigacional se traduz pecuniariamente (122).

O exemplo de submeter a verificação da adequação do serviço médico prestado e analisar o ato médico praticado em método arbitral pode ir além do alcance legislativo para tal sistema jurídico, pois a declaração da regularidade do ato não tem cunho patrimonial. Todavia, se decidida a ilicitude do procedimento médico aplicado, gerando desta forma a indenização, pode-se promover, então, o pedido de reparação via arbitragem, dado o pedido ter caráter patrimonial (126):

"Ninguém pode transacionar, abrindo mão do seu direito à honra, que é um direito da personalidade. Todavia, a afronta à honra da pessoa gera o direito de receber indenização por danos morais. Assim, diante da afronta ao seu direito, nada obsta que, através de compromisso arbitral com o ofensor, o valor da reparação seja arbitrado nos termos da Lei 9.307/96. Nesse contexto, o árbitro não pode decidir se a pessoa tem ou não o direito à honra, vez que este direito é indisponível. Todavia, nada obsta que decida acerca do fato que enseja a afronta ao direito à honra e quanto à liquidação dessa afronta."

Quando há demandas que envolvem decisão direta sobre a saúde como em conflitos que envolvam a decisão sobre transfusão de sangue em pacientes adeptos da religião Testemunha de Jeová, decisões sobre abortos de anencéfalos, decisões sobre a autonomia do paciente, procedimentos decisivos no fim da vida como a ortotanásia ou a distanásia, bem como a discussão sobre o direito de acesso aos dados do prontuário, ou seja, decisões personalíssimas com impacto direto sobre a saúde física e psicológica dos envolvidos e muitas vezes sobre o direito à própria vida, estes são direitos pessoais que são revestidos do caráter da indisponibilidade, portanto, não podem ser solucionados por via arbitral (127).

Observando-se outra ponta na área da saúde, como disputas que envolvam contratos entre operadoras de saúde e usuários tais como aqueles em que há negativa de cobertura de procedimento médico ou discussão sobre reajuste de mensalidade em razão de alteração de faixa etária, estes sim podem ser submetidos ao procedimento arbitral, por terem o caráter essencialmente patrimonial, portanto, de direito disponível. Da mesma forma são entendidos os conflitos em que se aponta erro médico ou negligência informacional com claro prejuízo material para o paciente e conseqüente surgimento de direito e pedido de indenização.

3.4 Princípio e pressuposto e do processo arbitral: a autonomia da vontade

Trata-se aqui de um elemento arbitral que pode ser considerado seu pressuposto: a autonomia da vontade, através da convenção de arbitragem, seja esta através de cláusula compromissória ou compromisso arbitral (128).

A convenção de uma cláusula compromissória pela autonomia das vontades entre as partes é pressuposto para que o processo arbitral possa existir. FAZZALARI vê a "convenção como uma matéria prejudicial, pois tem que ser apreciada antes do mérito, condicionando à análise deste" (110).

Diferentemente, o compromisso arbitral, se opera durante o processo arbitral, simplesmente porque a autonomia da vontade é princípio do processo arbitral.

Em qualquer uma das possibilidades, o importante é a vontade das partes na arbitragem da controvérsia, seja ela ainda uma possibilidade, seja uma desavença concreta a ser resolvida. Logo, a arbitragem é contratual, sinalagmática. Aqui, falamos de consenso entre as partes, acima de tudo.

A autonomia da vontade sempre teve interação com a de *pacta sunt servanda*, que é o princípio segundo o qual o contrato obriga as partes nos limites da lei, da força obrigatória, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes (129).

Logo, numa solução privada de conflitos como alternativa à jurisdição estatal, dentro de um sistema "Multiportas", com base na autonomia da vontade, destaca-se o processo arbitral como mecanismo efetivo, rápido e definitivo.

Pautado pela autonomia da vontade, contudo em grau elevado, o processo arbitral é mecanismo contencioso em sua essência, sendo alternativa heterocompositiva, diferindo de outros mecanismos de resolução autocompositivos, como Mediação e Conciliação, também já muito utilizados em litígios de relacionamentos médico paciente.

3.5 Breve exposição sobre o devido processo legal arbitral

O princípio do devido processo legal deve ser integrado por regras e princípios processuais que lhe deem sentido objetivo. "Se por um lado podemos dizer que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório fazem parte de um conceito largo de devido processo legal, conforme a Constituição Federal, por outro, cremos ser na lei que o princípio do devido processo legal atinge seu alcance efetivo, o que significa que o processo é regido por institutos que dão concretude também à própria ideia de ampla defesa e contraditório e, assim, conseqüentemente, de devido processo legal" (113).

É fato que a lei arbitral, ao contrário do Código de Processo Civil, não contém regras procedimentais suficientes para integrar o conceito de devido processo legal, salvo se partes e árbitros assim o quiserem.

É frívolo e fora de propósito sujeitar o leitor desta tese a pensar que o devido processo legal arbitral se limitaria à ampla defesa e ao contraditório. Por ser assunto amplo, no qual a doutrina se ocupa com considerável volume de informações, este encontra-se apenas citado, a título de apresentação, por estar fora do contexto deste trabalho. Mas jamais por ser menos importante.

3.6 A efetividade do processo arbitral

A eficiência do processo arbitral talvez tenha como norte, até agora, a cobertura de uma carência jurídica que também satisfaça os intentos "político-pedagógico e social-pacificador da sua jurisdição" (113). Obviamente, serão conseqüências da entrega de uma decisão de qualidade diferenciada da do processo estatal, em um ou mais quesitos. Essa decisão qualificada, ou por que não dizer especializada, deve ser, falando em termos ideais, impossível de se anular judicialmente. Mas além disso, a tutela arbitral deve "ser tão autorizada, proferida por árbitros senhores do assunto, escolhidos pelas partes e com

tamanho grau de esgotamento em termos de profundidade da cognição (nos pontos principais, bem que se diga), que deve inibir o perdedor de até mesmo cogitar questioná-la no juízo estatal" (130).

Assim, não se pode dizer que o processo arbitral seria uma simples alternativa à jurisdição estatal "no sentido de desafogá-la". Seria rebaixar um sistema jurisdicional inadequadamente a um segundo plano, como o posicionamento de CAPPELLETTI, que defende "ser o processo arbitral válvula para ajudar o congestionamento do Judiciário" (131).

A arbitragem "atrairá sim o público adequado a litigar em seu ambiente, com seus instrumentos próprios". CARMONA já apontava tais características do processo arbitral, "afastando a ideia de plena celeridade e economia, focalizando justamente a qualidade técnica da decisão. Um público cômico das características próprias de tal sistema, maduro para enfrentar os ônus decorrentes da ampla disponibilidade, que compreende que o tom processual é autonomia com responsabilidade, e apto a entender que processo arbitral não significa briga judicial" (113).

O que trará a bom termo a tutela arbitral são a qualidade técnica e a disponibilidade dos árbitros, sem dúvida, grandes características que marcam o processo arbitral como um sistema absolutamente próprio e que influem diretamente na sua efetividade.

Outro atributo do processo arbitral que "coadjuva com sua efetividade é o sigilo" (132). Apesar de não ser uma regra, na prática é corrente que ocorra. Para muitos, o sigilo do processo arbitral é fundamental, aspecto que pode até ser indicador da escolha da via arbitral. O sigilo somado ao "fato da decisão que vier a ser dada assim permanecer, é ingrediente distintivo de segurança e um qualitativo não encontrado na esfera estatal".

Peculiaridades importantes na discussão do relacionamento médico-paciente serão pormenorizadas a seguir.

3.7 O termo de arbitragem

"Muito embora a celebração do compromisso – e, antes dele, da cláusula compromissória – revele que as partes não pretendem se valer do controle jurisdicional estatal, este, ainda

que com limites, não deve ser descartado”(133).

Tanto a cláusula arbitral quanto o compromisso arbitral estão regulamentados na Lei nº 9.307/1996, e são o sistema nervoso central do Termo Arbitral. A cláusula arbitral está regulamentada no art. 4º da Lei de Arbitragem e também é conhecida por cláusula compromissória. A referida cláusula é um acordo entre as partes que, em um contrato, decidem submeter-se à arbitragem caso venha a ocorrer algum conflito naquele acordo. Trata-se então de cláusula que rege a navegação de evento futuro e incerto sob o sistema jurídico proposto.

Tal cláusula deve ser escrita, obrigatoriamente, conforme dispõe o §1º do art. 4º da Lei de Arbitragem (134).

Art. 4º "A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato".

§ 1º "A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

Cláusulas arbitrais podem estar inseridas no próprio contrato objeto da transação ou em documento isolado que remeta àquele contrato. Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória somente será eficaz se normas forem seguidas, como: (a) O aderente toma a diligência do uso da arbitragem ou deverá anuir expressamente com tal instituição; (b) O aderente endossa formalmente.

Como tipos de cláusula arbitral, existem as *cláusulas cheias*, que preveem todas normativas que orientarão eventual procedimento arbitral decorrente daquele negócio jurídico, incluindo a predição da câmara arbitral competente em caso de litígio. As *cláusulas vazias por sua vez*, apenas propõem a utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos.

Vale dizer, então, que a cláusula compromissória não é ato preparatório ou preliminar do compromisso arbitral, como entendem - erroneamente - alguns. A cláusula,

por si só, é suficiente para que o árbitro assuma sua função e dê início ao processo arbitral, sem que haja necessidade de qualquer outra providência (119).

No compromisso arbitral, o acordo entre as partes é realizado a posteriori de um conflito já existente. Ocorre num momento pós-fato gerador do litígio.

O compromisso arbitral pode ser judicial, através de um termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde o processo está em curso. Extrajudicialmente, o compromisso arbitral é celebrado entre as partes por um documento particular. Neste contrato deve existir a assinatura de duas testemunhas ou ser elaborado por meio de instrumento público.

Vale dizer que se as partes fixarem os honorários do(s) árbitro(s) no termo de compromisso arbitral, este tornar-se-á título executivo extrajudicial. Caso contrário, será requerido pelo(s) árbitro(s) ao órgão do Judiciário que seria competente para julgar a causa, que os fixe por sentença.

Contudo, a extinção do compromisso arbitral existe, e estão previstas três hipóteses na lei de arbitragem (134).

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

As cláusulas de arbitragem aparecem frequentemente em contratos de consumo e de trabalho na área da saúde nos EUA. Os lares de idosos e instalações semelhantes usam cláusulas arbitrais vinculativas na tentativa de reduzir o litígio no judiciário estatal. Contratos de serviços médicos para pacientes, no entanto, são uma exceção a essa prática crescente em inserir acordos vinculantes de arbitragem (130).

Todos os tipos de ações ilícitas (incluindo negligência, imperícia ou imprudência) poderiam ter seus deslindes no universo da arbitragem. Mas muitos autores preveem que médicos não abracem a arbitragem tão cedo.

Prestadores de serviços médicos elaboram seus contratos, e, portanto, poderiam controlar a existência de cláusula de arbitragem.

Todos os tipos de ações ilícitas (incluindo negligência, imperícia ou imprudências) poderiam ter seus deslindes no universo da arbitragem. Mas muitos autores preveem que médicos não abracem a arbitragem tão cedo. Quando ESTES são questionados se não é possível elaborar cláusula de arbitragem que proporcione os mesmos benefícios desfrutados por inúmeras empresas e empregadores, surpreendentemente, ainda neste momento, a resposta parece ser “não” (131).

3.8 Exposição/Sigilo

A confidencialidade é uma decorrência peculiar da arbitragem, por ser esta um processo privado de solução de disputas. Assim como as partes podem sentar-se à mesa de negociação e firmar acordo sobre uma disputa envolvendo direito patrimonial disponível, concordando que tudo seja confidencial, ato absolutamente corriqueiro, também podem levar essa disputa para solução sigilosa no âmbito da arbitragem (135).

Seja na saúde ou em outros setores, se envolvida a Administração Pública, princípios Constitucionais como o da Publicidade dos atos judiciários, sobrepujam a confidencialidade que poderia ser instaurada pelas partes. Com efeito, é necessário avaliar a seguinte indagação: como conciliar a arbitragem com os princípios da publicidade e da

transparência? Para que seja possível responder, há uma pergunta subjacente e prejudicial: a confidencialidade faz parte da natureza do instituto da arbitragem? Se a resposta for positiva, então, a arbitragem será inconciliável com a questão da publicidade, e, por corolário, inviável de ser utilizada pela Administração. Porém, a confidencialidade não possui esse caráter de essencialidade para a arbitragem (136).

O advogado especialista em Direito à saúde Shannon Hartsfield e o mediador - árbitro Conna Weiner, em teleconferência patrocinada pela Seção de Litígio ABA - Comitê de Litígio Comercial e Empresarial dos EUA, apresentaram as Informações Protegidas de Saúde (“Protected Health Information - PHI”) em mediação e arbitragem, salientando as melhores práticas para lidar com a divulgação potencial de informações confidenciais do paciente inerentes a muitas disputas de saúde durante a navegação pelos requisitos da HIPAA¹⁴ e outras leis. Segundo tais parâmetros, algumas ações sigilosas envolvendo aspectos de saúde podem ser arbitradas, como por exemplo, casos de prestação de serviços e clientes (pacientes) envolvendo dúvidas sobre pagamento; disputas de cobertura de seguro, incluindo necessidade médica; reclamações de negligência profissional (ou imperícia, ou imprudência); disputas de negócios que envolvem relacionamentos com o paciente; alegações de fraude de saúde; reivindicações de contrato envolvendo cálculos de desconto de produto prescritos.

Contudo, o direito ao sigilo de informações médicas está muito bem normatizado. Em nenhum sistema jurídico em nosso país este dado seria minimizado ou deixado de lado. O grande diferencial aqui seria o ponto de vista da não exposição médica ao público em geral.

É clara a importância da confidencialidade para proteger o nome do profissional, pois a abertura de dados desencadeia alterações psicossociais para o médico, como já estudado. E apesar da literatura médica e jurídica internacional nos fornecer dados a este respeito, não há dados nacionais. A experiência em resoluções de conflitos médico-paciente na jurisdição arbitral em nosso país é ínfima.

Tomando-se como certo que em causas médicas o polo ativo, ou seja, quem demanda o pedido ao judiciário é o paciente, entende-se que o quesito confidencialidade para ele, naquele momento, não é uma prioridade. Mas a falta de confidencialidade para

¹⁴ Health Insurance Portability and Accountability Act. Estabelecido em 1996 pela legislação dos Estados Unidos, que define a privacidade de dados e as disposições de segurança para proteger as informações médicas, como registros médicos e outras informações de saúde identificáveis.
<https://www.paubox.com/blog/what-is-hipaa/>

a parte demandada, ou seja, o médico, acusado de “erro”, é relevante para o profissional. O seu nome exposto numa controvérsia é danoso. Isto explica o porquê para o médico não basta o critério do sigilo. Este sim, importante para o paciente, para não expor sua intimidade ao público. Resta dizer que um dos atrativos do processo arbitral é a confidencialidade.

Contudo, muito recentemente, o desembargador Cesar Ciampolini indefere o segredo de justiça para um processo em vara empresarial em São Paulo. Justificou, como relator do caso, inconstitucionalidade do artigo 189, IV, do Código de Processo Civil, que versa sobre arbitragem. Finda seu relato proferindo ainda que “a confidencialidade em arbitragens é nociva ao sistema jurídico, por provocar assimetria de informações e obstar a formação do direito” (consolidação dos precedentes e da jurisprudência) (137).

3.9 Celeridade

Ações adjudicadas podem levar anos para chegar à sentença. Depois de um julgamento, a parte vencida tem o direito de apelar, o que pode demorar mais dois ou três anos para resolução deste acórdão. O direito a um recurso, claro, é também uma razão a favor do litígio e esse direito, embora demorado, torna o litígio mais previsível.

No litígio judiciário, deve-se cumprir leis e regulamentos estabelecidos para satisfazer o rito processual. Além do rito, a possibilidade de litigantes insatisfeitos recorrerem aos tribunais superiores, aumenta muito o tempo da demanda. Já uma audiência de arbitragem pode ser agendada em questão de meses e não de anos (138).

O quesito celeridade na Arbitragem, na realidade, é a somatória de consequências entre: (i) o não depender de rito rígido processual, (ii) do árbitro ser alguém especializado na área tema da matéria que está sendo analisada, e por isso, (iii) um julgamento do litígio mais rápido, (iv) com custas menores, conseguindo as partes cumprir com eventuais pagamentos ou cobertura de custas de forma mais rápida.

3.10 Conhecimentos técnicos do julgador

O árbitro é chamado para julgar casos específicos que tratam de assuntos de sua especialidade, limitados a questões de direito patrimonial disponível. Diferentemente do juiz, não tem poder para obrigar a parte a cumprir sua decisão. Esta é a base para ser válida a sentença arbitral, mas sua execução, se necessária, deve ser demandada na jurisdição Estatal.

A imensa maioria dos árbitros disponíveis em câmaras arbitrais no Brasil e no mundo, para dirimir assuntos cujas matérias são absolutamente específicas, como casos médicos, não são médicos. Isto seria um problema?

A grande verdade é que o árbitro tem que estar inteirado de todo o microcosmo jurídico que envolve o médico e sua prestação de serviços. Tem que estar a par do dia a dia desse profissional e, se possível, de informações médicas, leia-se técnicas, não para julgar como se fosse um perito na área, mas para entender a linha de raciocínio, ainda que a parte traga uma assistência técnica pericial para compor a parte probatória e elencar dados precisos. Contudo, antes de mais nada, deve ser alguém que se pautem em normativas e ser respeitador do contrato estabelecido entre as partes, uma vez em que este árbitro também estará sujeito a especificações do termo arbitral.

Nos países em que a arbitragem realizada em casos de saúde já se faz há muito tempo, a maioria dos árbitros são juristas, envolvidos nas especificidades da matéria, e chamados pelas partes por suas competências nestes tipos de resolução.

Por outro lado, repassando algo já discutido, existe um certo receio dos pacientes em se defrontarem com um árbitro médico, pelo temor do “*lobby* profissional”. A ideia de que médico defende médico, assim como profissionais das mais diversas profissões defendem colegas de classe trabalhadora, é ainda imperiosa. Apesar do comprometimento dos profissionais quanto à imparcialidade necessária, e assistimos a essa condição na escalação de peritos médicos no judiciário para auxiliarem o juízo no deslinde de ações envolvendo causas médicas, é inegável o temor da parte contrária, hipossuficiente no assunto, de que os dados seriam analisados de forma parcial. Talvez, essa seja a maior barreira para um médico ocupar um cargo de árbitro nessas condições.

Há que ser considerado, em outra tomada de visão, que quanto mais específico, quanto mais especializado em dada matéria for o árbitro, maior será a confiabilidade de seu julgamento, provavelmente e principalmente pelo fato de ele se ajustar ao quesito imparcialidade. Em outras palavras, quanto maior o domínio do árbitro sobre a matéria julgada, maior o foco na problemática do conflito e conseqüentemente na resolução do pedido.

Assim como no caso do magistrado estatal, existe uma reputação a zelar por parte dos julgadores.

Disto, pode-se concluir que tal idoneidade arbitral, carregada pelo conhecimentos técnico do árbitro, conduz e propicia um meio altamente favorável de resolução, podendo-se inferir assim um alto grau de arbitrabilidade.

Todavia, trata-se de forma resolutiva onde, de alguma forma, haverá juízes de direito capazes e aptos para dirimir a causa proposta. Tais juízes formarão o “painel arbitral”.

Um painel arbitral, no caso de uma disputa médico-paciente, poderia ser composto por médicos que tenham além do conhecimento técnico, alguma expertise em passos processuais ou estarem minimamente apropriados de condições para tal julgamento, e por juristas que tivessem alguma afinidade com a área da saúde. Com essa multidisciplinaridade do Painel Arbitral, a matéria em pauta estaria respaldada em sua totalidade, inspirando, acima de tudo, neutralidade e confiabilidade para a sentença a ser proferida.

Seria importante pensar num painel arbitral equidistante entre as partes, como medida de confiabilidade por todos os envolvidos na demanda. A imparcialidade e a neutralidade dos árbitros configuram, sem dúvida, um dos principais critérios de escolha para a composição do tal painel e uma sentença arbitral segura.

Nas palavras de Selma Maria Ferreira Lemes ¹⁵, “a missão do árbitro é dar solução ao litígio com justiça (por óbvio, seja na arbitragem por direito ou por equidade) e essa missão funda-se na confiança das partes que o nomearam. É em nome dessa confiança que nomeiam um árbitro que terá independência para julgar com

¹⁵ Doutora e Mestre pela Universidade de São Paulo – USP. Foi membro brasileiro na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI e integrou a Comissão Relatora da Lei de Arbitragem. Advogada.

imparcialidade, posto que a independência é um pré-requisito da imparcialidade” (139)

3.11 Custos

Não existem números expostos em trabalhos científicos que tragam à tona valores exatos de custeio de uma arbitragem num litígio entre médicos e pacientes. No Brasil, seria necessário uma abordagem e uma cotação entre as câmaras existentes, no entanto, isso seria um outro trabalho expositivo para parâmetros comparativos exatos frente aos custos totais inferidos numa ação litigada no judiciário Estatal.

Não se pode negligenciar os custos advocatícios que a parte terá de qualquer forma. É claro que se a equipe de advogados for levar em consideração um tempo processual bem menor, esses custos de trabalhos devem diminuir.

Os custos sempre serão negociados no termo arbitral, seja em cláusula ou compromisso, podendo ocorrer qualquer tipo de distribuição entre as partes. Os árbitros também devem ser pagos conforme o definido em Termo e sempre contar que na vasta maioria dos casos de arbitragem, há a chancela pelas partes de pelo menos 3 árbitros, sempre em número ímpar, para que não haja empate na sentença.

Em casos de disputas empresariais, as custas parecem ser, num primeiro momento, bem maiores que nas litigâncias estabelecidas no judiciário Estatal. Contudo, diluídas ao longo do tempo, por conta de os processos arbitrais serem mais concisos, os gastos são bem menores no comparativo. Não há parâmetros para que se fale em custos em causas litigiosas entre médicos e pacientes.

A Câmara Arbitral ¹⁶ é que dirime todos esses custos e repasses, tudo absolutamente contratualizado, de forma que não há surpresas ao longo de um processo arbitral no que tange ao assunto investimento pecuniário, à exceção da sentença em si,

¹⁶ A câmara de arbitragem é a instância para resolução de conflitos fora da jurisdição estatal. Diferentemente de um Cartório, que trata-se de repartição pública ou privada que tem a custódia de documentos ("cartas") e que lhes dá fé pública, mas com o conceito diferenciado do que seja um tribunal (do latim: *tribunalis*, significando "dos tribunais"), que é órgão de soberania cuja finalidade é exercer a jurisdição, ou seja, resolver litígios com eficácia de coisa julgada. Há de se diferenciar então que um tribunal arbitral é o exercer da arbitragem numa câmara arbitral. Há três passos básicos para a montagem de uma câmara arbitral: 1) Constituição de uma empresa (ou seja, adquirir o seu CNPJ); 2) Formulação de regulamentos para a arbitragem/mediação; 3) Contra com Árbitros/Mediadores, juízes arbitrais especializados, qualificados à realizar decisões compatíveis com a matéria envolvida.

que pode arbitrar danos materiais, morais ou até estéticos, assim como faria um juiz togado.

Textos jurídicos norte-americanos trazem a certeza de que a arbitragem pode ser mais econômica do que a jurisdição estatal, mas sem dúvida alguma temos que ter um calibre afiado sobre as informações. Os Tribunais norte-americanos cobram taxas caras para processualizar (140), motivo pelo qual existe o parâmetro de que eles têm índices altíssimos de acordos e habilidades de negociação (141) e talvez por isso uma alta procura por Câmaras Arbitrais.

3.12 Julgamento por Equidade

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 traz em seu Artigo 2º a possibilidade de opção pelas partes de decidirem sobre o julgamento de direito ou de equidade. Se de direito, podem clausular quais serão esses direitos, ou no caso de ser por equidade, instituir bases nos "princípios gerais de direito, nos usos e costumes da sociedade local". "Não se trata de autorizar o juiz a decidir equitativamente, suavizando e harmonizando as normas jurídicas, mas sim a abandoná-las, decidindo os litígios com base apenas em sua consciência moral" (142). Isso seria uma vantagem arbitral?

Não há a menor possibilidade de isso ocorrer na Tutela Estatal, a não ser em casos rigorosamente previstos em lei (CPC, Artigo 127).

A arbitragem de direito encerraria, por óbvio, um nível de segurança muito maior do que simplesmente relegar ao árbitro a decisão segundo a equidade, com todo o eventual subjetivismo que na sua concepção pareceria estar presente. Mas vale dizer que, se a arbitragem por equidade pode trazer pânico a alguns, na de direito podemos também encontrar ricochetes de sua execução: "(i) a utilização pelo julgador de uma eventual ideologia preconceituosa, causadora de distorção da norma utilizada; (ii) uma decisão pode ser o resultado da pura preguiça do julgador em estudar o caso com profundidade. Neste sentido, sabe-se como é fácil aplicar a jurisprudência dominante (ou alguma jurisprudência "*especialmente selecionada*"); (iii) o uso de uma súmula construída em um dado momento histórico do direito, mas que se torna rapidamente superada dentro de um dinamismo social e jurídico cada vez mais acentuado, especialmente no Direito

Comercial; e (iv) como *novidade palpitante do direito pátrio*, a aplicação de um determinado *enunciado*, elaborado em alguma jornada jurídica qualquer durante um fim de semana ensolarado dentro de um resort cinco estrelas situado na beira da praia, realizada por um organizador nada isento" (143) .

Vale ainda deixar claro que não se trata de um "tudo pode", de forma que a própria Lei de Arbitragem impõe "limites negativos positivados, à Ordem Pública e aos Bons Costumes". Por outro lado, ressaltam-se limites positivos como o "princípio da igualdade de tratamento, o princípio das desigualdades econômicas e sociais, o princípio da adequação e o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*" (144).

A perspectiva de crescimento futuro para a arbitragem de equidade se vê em determinadas matérias, onde será mais usada que a arbitragem por direito, no seguinte aspecto: "possui um enorme campo de utilização, com a flexibilidade necessária para as questões complexas, que necessitem de soluções de proporcionalidade" (145).

3.13 Fase probatória

"Provar corresponde à cogitação do convencimento de outrem acerca da verdade referente a determinado fato" (146).

Se olharmos pelo Código do Consumidor, segundo o Juíz de Direito do TJSP, Thiago Teraoka ¹⁷, em atenção à isonomia e protegendo a parte mais fraca, o legislador estabelece a possibilidade de alteração do ônus probatório. Via de regra, a inversão do ônus da prova "pode ser realizada "ope legis" (por força da lei), na qual a lei fixa outra regra de distribuição do ônus da prova, ou "ope judicis" (por força de decisão judicial), esta na qual a lei permite que, mediante o cumprimento de certos requisitos, o juiz altere o ônus probatório das partes" (147) . Trata-se de tema sensível quando imerso sob a ótica arbitral, pois esse ambiente negocial poderia ter um outro olhar para a questão do ônus.

Como o julgador na arbitragem se volta a um melhor conhecimento da matéria em questão, pode-se economizar o tempo da demanda. É imprescindível que todas as

¹⁷ Mestre e doutor em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Professor da Escola Paulista da Magistratura (EPM)

partes tenham acesso aos documentos necessários para produção de prova pericial, se necessária (148) .

Uma possível questão a se debater é como se daria o confronto da convicção do árbitro médico com as conclusões do médico perito nomeado. Ponto interessantíssimo a ser vislumbrado, mas sempre focando nas características fundamentais dos postos ocupados por cada profissional naquela dada resolução. Os respectivos cargos não se confundem: a perícia é investigativa, levanta dados e os expõe. É claro que conclusões periciais demandam do expert seu julgamento profissional. Se absolutamente distante do que entende o arbitro, também médico, situações distintas devem ocorrer: (i) o arbitro utiliza de sua prerrogativa de juiz, e convoca uma nova perícia, com outro profissional, na justificativa de "desempate técnico" de entendimentos, ou (ii) se o painel arbitral for composto por mais de um arbitro, ou ainda mais de um arbitro médico, talvez haja cabimento na decisão contrária ao laudo depositado do perito em questão. Mera suposição, com intuito de levantar o assunto para eventuais casos concretos, nestes moldes.

Teraoka ainda cita em seu artigo que "no processo judicial, o juiz mesmo tendo o conhecimento técnico deverá chamar um perito oficial. Este não se coloca no lugar do juiz na atividade de avaliação da prova, pois cabe somente ao juiz analisar e valorar o resultado da perícia (art. 480, CPC), porque se o juiz não concordar com as conclusões da perícia, poderá determinar uma segunda perícia".

Mas quando alocar a perícia no processo arbitral? Não há regra. Uma das vantagens de se arbitrar uma disputa que envolva um conhecimento técnico pericial, é justamente utilizar-se do subterfúgio, hoje muito claro no direito processual civil e já comentado neste trabalho, da possibilidade da instauração da prova pericial antecipada. Talvez seja este um dos movimentos mais resolutores para se prosseguir com um pedido judicial/arbitral, ou não.

3.14 Conteúdo dos Contratos Arbitrais

Tanto uma cláusula arbitral fundamentada previamente ao ato definidor de uma futura disputa como um compromisso arbitral, firmado após a ocorrência de tal ato, devem estar o mais especificadas possível, assim como é regra num contrato.

Chamam-se “cláusulas vazias” aquele conjunto de regras que direcionam a arbitragem, mas não especificam dados deste direcionamento, ao contrário das “cláusulas cheias”, cujos conteúdos são mais certos e não deixam margem a dúvidas, instruindo plenamente os envolvidos. Como mero exemplo num caso médico, poderíamos especificar no contrato, seja ele prévio ou posterior ao evento gerador da demanda, qual direito será dirimido, em qual Câmara Arbitral, qual será o painel arbitral dessa disputa, quantos árbitros estarão presentes, se serão médicos e juristas os árbitros, quais os meios de provas e quando a prova será realizada (149) .

Cabe a discussão sobre a gestão dos conflitos. Claro que toda a profilaxia efetuada para a não ocorrência de demandas é sempre bem-vinda em primeira linha. Nesse rol de cuidados, talvez esteja a discussão, para cada caso concreto, de qual seria o melhor método de solução, e a conveniência de se acirrar as especificidades desse contrato, para que se minimizem as chances de se judicializar um contrato vazio, como prevê o Artigo 7º da Lei 9.307/96.

Assim como na medicina, a melhor forma terapêutica se dá a quem tomou as melhores condutas profiláticas. Não há de ser diferente no ramo do Direito.

3.15 Contratos de Consumo e o Código do Consumidor (CDC)

De antemão, o médico em seu consultório ou clínica possui contrato formal, já não é a regra! No geral, na cadência do seu relacionamento histórico de grande pessoalidade com cada paciente, os contratos se estipulam de pessoa a pessoa, de forma tácita. Atualmente, por conta de todo o observado no discurso desta tese, verifica-se que o médico tem começado a pensar na necessidade de formalizar os autos contratuais. Obviamente, estão fora de discussão neste capítulo os contratos de emergência, que adquirem outras características, e onde o médico se respalda em responsabilidades diversas do que foi visto até aqui.

Contudo, é certo que há uma grande assimetria entre as partes - médicos e pacientes - quando o quesito é informação. Essa disparidade entre o “cliente” e o “fornecedor” faz com que surja necessariamente uma parte hipossuficiente em informação, motivo pelo qual aliás, o médico é excessivamente levado ao judiciário: a

negligência informacional dos serviços prestados, esbarrando em 56% das demandas em segunda instância no ano de 2018 ¹⁸.

Denominam-se **contratos de consumo** todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional fornecedor de bens ou de serviços. O desequilíbrio entre os contratantes na relação de **consumo** é evidente (150). Há um entendimento majoritário de que serviços médicos compõem esse rol de fornecedores de serviços. Destarte, não apenas a técnica médica envolvida está parametrizada nessa relação, mas sim tudo o que envolve a relação com o paciente, então consumidor, como se aplica no CDC vigente, em seu artigo 14:

"O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes e inadequadas sobre sua fruição ou risco."

A arbitragem também é contratual entre as partes. O termo contratual, quando no modelo de cláusula contratual (convenção contratual), precisa ser absolutamente claro, sob o risco de não informar o paciente do que se trata aquele item. Tais convenções nas relações jurídicas contratuais esbarram em algumas limitações impostas pela legislação pátria, e dentre tais limitações está a sua proibição nas relações de consumo, quando imposta pelo fornecedor (151):

Art. 51. "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;"

¹⁸ Fonte de informação: ANADEM - Sociedade Brasileira de Direito Médico DF/Brasil

Entendido pelo doutrinador Nelson Nery Junior¹⁹ que "a escolha pela arbitragem afasta tão somente o acesso à via judicial, mas não afasta a jurisdição, pois o juiz arbitral tem o poder de dizer o direito." (152).

Entretanto, não se pode ignorar o artigo 51, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor, pois não há como o consumidor se ver obrigado a resolver um conflito pela arbitragem, a partir do momento em que os contratos de consumo são, na maioria das vezes, de adesão. Isso sugere que as cláusulas são impostas pelo fornecedor e o consumidor tem apenas duas opções: aceitar ou não aceitar (151).

Esse debate gera uma questão: o que fazer para a convenção de arbitragem não ferir o Código de Defesa do Consumidor?

O Ministro Luís Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, em 2010, em acórdão relatado, teve o seguinte entendimento:

“Só terá eficácia a cláusula compromissória já prevista em contrato de adesão se o consumidor vier a tomar a iniciativa do procedimento arbitral, ou se vier a ratificar posteriormente a sua instituição, no momento do litígio em concreto” (153)

Logo, por iniciativa ou ratificação do paciente, leia-se consumidor, é possível que se institua uma cláusula arbitral no contrato de serviços médicos.

Em argumentação com a Desembargadora Chistine Santini²⁰, esta sugere um

¹⁹ Livre-Docente, Doutor (PhD) e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Doutor em Direito Processual Civil (PhD) pela Universität Friedrich-Alexander Erlangen-Nürnberg. Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), além de ser colaborador permanente do Centro de Extensão Universitária e do Instituto Brasileiro de Ensino e Pesquisa.

²⁰ Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1985). É Desembargadora no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desde 2012, tendo ingressado na magistratura em 1987. Desde 2014 é Coordenadora de Cursos e Convênios Internacionais da Escola Paulista da Magistratura. Tem experiência nas áreas de Direito Privado e Público, com especial interesse na interface do Direito e Medicina. É aluna do MBA Executivo em Direito: Gestão e Business Law da Fundação Getúlio Vargas. Desenvolveu projeto de pesquisa sobre o sistema jurídico e judiciário japonês na Universidade de Seijo (Tóquio, Japão); frequentou o curso “Formation de Formateurs” na École Nationale de la Magistrature (Bordeaux e Paris, França); participou como organizadora e aluna do Curso em Mediação para Magistrados e Membros do Ministério Público do Straus Institute for Dispute Resolution (Pepperdine University) em parceria com a American University (Washington, DC, Estados Unidos da América); concluiu o curso “Mediação e Arbitragem” da Fundação Getúlio Vargas; concluiu o curso da HarvardX “Bioethics: The Law, Medicine,

maior respaldo se o Termo Arbitral se der através de compromisso, após a ocorrência do fato, o que seria, em tese, um acordo leniente de ambas as partes.

and Ethics of Reproductive Technologies and Genetics”; integrou o Grupo de Trabalho do CNJ voltado à adequação dos tribunais à Lei Geral de Proteção de Dados; integrou o Conselho Consultivo da Iniciativa Compliance na Formação do Profissional de Saúde (projeto FGV EAESP - Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas , FGVethics e FGV Saúde); além de ter participado como palestrante e debatedora em inúmeros eventos nacionais e internacionais, com destaque nas áreas de responsabilidade civil e compliance em medicina, uso de tecnologia no direito, mediação e proteção de dados.

Capítulo 4

3. A escolha do método

Talvez esta seja uma das mais relevantes questões a serem levantadas pelas partes, até mesmo anteriormente a um possível momento de controvérsia: como dirimir uma questão conflituosa? Qual o melhor método de resolução a ser aplicado?

Dada a convocação do termo “justiça multiportas” já apresentado, por que não trazer à tona essa disposição de “cartas lançadas à mesa” e discutir tais possibilidades? No Direito, muitos métodos têm sido aplicados como auxiliares na resolução de conflitos. Trago apenas como exemplo, sem explanar o tema, até por ser complexo o suficiente, demandando imensa discussão, a “constelação familiar”. Nos processos em Varas de Família e Sucessões, há êxitos que devem ser considerados nesta modalidade terapêutica, no desentranhamento da comunicação (ou da falta desta) em controvérsias familiares (154).

Usar método autocompositivo ou heterocompositivo? Chamar a tutela Estatal, ou derivar para uma tutela privada, como a arbitragem, para tal resolução? Aqui, chama-se a atenção, não exatamente a um método, mas sim a algo teórico, com muitos estudos já realizados por juristas: a Teoria dos Jogos.

Ramo proeminente da matemática na década de 1930, a teoria dos jogos, depois da publicação em 1944 de *The Theory of Games and Economic Behavior* de John von Neumann e Oskar Morgenstern, tornou-se base para a economia na medida em que procura encontrar estratégias racionais em situações em que o resultado depende não só da estratégia própria de um agente e das condições de mercado, mas também das estratégias escolhidas por outros agentes que possivelmente têm estratégias diferentes, mas objetivos comuns (155).

Em 1950, John Forbes Nash²¹ provou que há um equilíbrio de estratégias mistas

²¹ John Nash, matemático, professor e **Prêmio Nobel de Economia** cuja vida é retratada no filme "Uma Mente Brilhante" (*A Beautiful Mind*) nasceu em 13 de junho de 1928 em Bluefield, West Virginia, nos Estados Unidos. Em 1950, aos 21 anos, John Nash, escreveu uma tese de doutorado que lhe rendeu, 45 anos mais tarde, o Prêmio Nobel de Economia. Seu trabalho, conhecido como o "Equilíbrio de Nash" revolucionou o estudo de estratégia econômica. Em 1950, Nash começa a trabalhar para a *RAND Corporation*, instituição esta que canalizava fundos do governo dos Estados Unidos para estudos científicos relacionados com a guerra fria. Nash aplicou os seus recentes avanços na teoria dos jogos para analisar estratégias diplomáticas e militares. Simultaneamente continuava a dar aulas em Princeton. Apesar do seu frágil equilíbrio psíquico, em 1953, teve um filho com Eleanor Stier a quem foi dado o nome de John

para os jogos não cooperativos, no qual a escolha do agente é ótima quando este adota a escolha dos demais indivíduos como referência.

"Equilíbrio de Nash" é modelo matemático proposto que considera um sistema estável de competição. Esse sistema é definido conforme regras de ganhos e perdas resultantes das escolhas dos indivíduos participantes. Nessa esteira, qualquer participante desse meio não conseguirá escolher uma estratégia vencedora, se os outros mantiverem suas escolhas iniciais fixas. Para surpresa de todos, nessa conjuntura, não há uma estratégia de dominância que algum membro pode escolher para ganhar o jogo, como ocorre em mercados falhos e com baixa competitividade. Essa tendência resulta de uma elevada presença de desequilíbrio dentro do sistema. Por isso, é impossível, participando de algum esquema que siga o modelo de "Equilíbrio de John Nash", que qualquer um dos participantes ganhe vantagem sobre os outros utilizando apenas escolhas e ferramentas próprias (156).

A questão é oposta: a melhor estratégia que um indivíduo no grupo tem para se auto-beneficiar com sua escolha, é necessariamente aquela que beneficiará o grupo. Essa é a imensidão proposta pelo matemático, que anos mais tarde ganharia inúmeros prêmios: o entendimento necessário do indivíduo de que a sua melhor escolha é automaticamente a melhor escolha para o grupo.

Ao longo do tempo, outras utilizações derivadas da aplicabilidade da Teoria dos Jogos na Economia foram estudadas. Na própria biologia, para antever o desfecho evolucionário de certas espécies, utilizou-se a teoria dos jogos para tal compreensão. Tal aplicação da teoria dos jogos à teoria da evolução de Darwin, produziu conceitos meritórios como o conceito introduzido pelo biólogo John Maynard Smith na década de 1970: o da Estratégia Evolucionariamente Estável, no seu histórico ensaio *Game Theory and the Evolution of Fighting* (157).

Outra aplicação conhecida é o Dilema do prisioneiro, cuja primeira análise ocorreu no ano de 1953 e que foi popularizado pelo matemático Albert W. Tucker²²,

David Stier. No entanto, contra a vontade Eleanor, Nash nunca se casou. No verão de 1954, Nash foi detido pela polícia numa operação de perseguição a homossexuais. Como consequência foi expulso da *RAND Corporation*. Nash faleceu no dia 23 de maio de 2015 aos 86 anos de idade, num acidente de trânsito em New Jersey Turnpike.

²² Alan Tucker (1943) Filho do matemático de Princeton Albert W. Tucker, que promoveu o

como auxílio pedagógico em aulas ministradas a estudantes de psicologia, em Stanford. Com base na problemática levantada por Tucker, o Direito Penal usufrui desse método que traz probabilidades para conduzir delações premiadas²³ (158)

Tal modelo matemático permeia o Direito em discussões substanciadas pelo então chamado sistema multiportas. Uma análise muito recente traz à tona a discussão de o próprio Sistema Judiciário Estatal promover, não dentro de seu rigoroso rito processual como já foi tentado com dispositivos no atual Código de Processo Civil, obrigando as partes a uma audiência de conciliação ou à sua dispensa, mas trazer à luz das possibilidades atuais, inclusive em época de Pandemia pelo Coronavírus, um estímulo Estatal a possibilidades extrajudiciárias, sejam elas auto ou heterocompositivas (159). Estudos aplicados às possibilidades de cada modelo de resolução, onde ambas as partes

desenvolvimento da teoria dos jogos em meados do século 20 - entre seus alunos incluíam John Nash. Alan obteve um B.A. da Harvard University em 1965 e um Ph.D. em matemática pela Stanford University em 1969. Ingressou no Departamento de Matemática Aplicada e Estatística na Stony Brook University em 1970 e lá permaneceu. Seu interesse inicial de pesquisa foi em matemática combinatória. Distinto Professor Professor em Stony Brook. Presidiu o projeto da *Mathematical Association of America* (MAA) que produziu o influente relatório "Recomendações para um Curso Geral de Ciências Matemáticas", que catalisou uma reorientação do curso de matemática dos EUA longe do treinamento pré-doutorado e rumo à preparação para uma ampla gama de matemática carreiras. Em conjunto com esse projeto MAA, ele escreveu o primeiro livro para um novo curso em matemática combinatória aplicada. Seu livro didático foi usado em centenas de faculdades e dezenas de outros livros didáticos levaram a quase todos os departamentos de matemática a oferecer um curso nessa área. Em Stony Brook, ele desenvolveu um curso de graduação bem-sucedido que incorpora as recomendações do relatório do MAA: esse curso gradua atualmente mais de 400 alunos por ano, 10% de todos os bacharéis em matemática aplicada nos EUA. Ele foi o redator principal do alunos por ano, 10% de todos os bacharéis em matemática aplicada nos EUA. Ele foi o redator principal do amplamente citado relatório nacional de 2001, *The Mathematical Education of Teachers*, que desmascarou a visão prevalecente de que se os futuros professores estudassem matemática em nível universitário inicial ou se graduassem em matemática, haveria um efeito cascata e eles dominariam a matemática do ensino fundamental ou médio, respectivamente. Ao dirigir projetos subsequentes para melhorar a formação inicial de professores de matemática, ele organizou oficinas de matemáticos e educadores matemáticos que esboçaram as bases para o Currículo Básico Comum em Matemática

²³ Prisioneiros foram presos. Eles devem trair ou cooperar? O Dilema dos Prisioneiros é um dos jogos mais famosos no mundo da Teoria dos Jogos—apresenta a história de dois prisioneiros e o dilema entre trair e cooperar. Na prática, esse jogo representa várias situações da vida cotidiana ou corporativa em que, embora a colaboração entre os prisioneiros (jogadores, pessoas) proporcione resultados melhores, individualmente a melhor escolha é trair, prejudicando a todos. Resumidamente, a história é a seguinte: dois suspeitos, A e B, são presos pela polícia. Como não existem provas suficientes para condená-los, eles são presos em celas diferentes e é oferecido a ambos o mesmo acordo: Se um deles confessar o crime (ou seja, trair o comparsa) e o outro permanecer em silêncio, quem confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre dez anos; Se ambos ficarem em silêncio (colaborarem um com o outro), a polícia só pode condenar cada um dos suspeitos a um ano de prisão; Se ambos confessarem (traírem o comparsa), cada um ficará cinco anos na cadeia. Cada prisioneiro toma a decisão sem saber da escolha do outro—eles não podem conversar. Como os prisioneiros vão reagir? Existe alguma decisão racional a tomar? Qual seria a sua decisão?

teriam “menos a perder”, devem ser estimulados, mas certamente essa aprendizagem por parte de todos os operadores do Direito tem uma grande estrada a seguir.

Técnicas de obtenção de solução consensual convivem com métodos de solução adjudicada. Mas, nesse ponto, onde estaria a diferença entre a escolha da jurisdição estatal e arbitral? São várias as “cartas na mesa” para esta tomada de decisão, ainda mais, tendo o panorama da problemática na área da saúde.

Como se coubesse num grande organograma, ousou numerar algumas das muitas questões que orientariam na escolha do método:

- (i) As partes tem um relacionamento, e gostariam de mantê-lo? Existe chance de autocomposição?;
- (ii) O direito é disponível?;
- (iii) O paciente quereria assinar um documento com uma cláusula arbitral?;
- (iv) ou ainda ele assinaria um compromisso arbitral?;
- (v) O médico acharia importante não apenas o segredo de justiça, como a confidencialidade de seus dados?;
- (vi) Qual o montante do pedido indenizatório, e quais as custas prováveis de um processo estatal e um arbitral num dado caso concreto?

Enfim, várias peças podem alocar e guiar a escolha das partes para um sistema ou outro de resolução, desde os métodos autocompositivos até os heterocompositivos.

Nesta esteira, mostrado que a arbitragem é juridicamente viável, adequada e, principalmente, tendencialmente eficiente, passa a ser mais do que necessária a estruturação por parte das administrações das Câmaras Arbitrais, ou ainda que nasçam Câmaras focadas e especializadas neste público. Esta é ainda outra discussão interessante, mas fora do escopo deste trabalho.

A abrangência deste trabalho administrativo abarca sem dúvidas a movimentação da discussão da arbitragem como sendo viável e por que não, vantajosa para demandas que envolvem relacionamentos médico-paciente. Mas vai além: há de se realizar estudos orçamentários, inclusive contando com honorários de árbitros e peritos envolvidos na disputa, entendendo de fato se para ambas as partes (ou se ao menos para o médico), valerá a pena.

Outra questão interessante, e não menos importante do que todas as já elencadas aqui, é a questão da cobertura de uma disputa arbitral por seguradoras de responsabilidade civil, hoje tão presentes na vida do médico. A real cobertura e limitações desta, seriam certamente fatores limitantes para a escolha do método arbitral.

Capítulo 5

5. A aplicabilidade do método arbitral nas disputas médico paciente no Brasil e no Mundo

Ainda não são tão convincentes para o médico as diversas vantagens assumidas da resolução de conflitos via arbitragem, como a celeridade nas decisões, custos mais baixos e a maior e tão importante confidencialidade, quando se trata de alegações de negligência médica. Primeiramente, pelos resultados dos litígios afins serem, na jurisdição estatal, geralmente bastante positivos para médicos. Por óbvio e compreensivelmente, os médicos rechaçam aceitar um sistema de resolução diferente quando não estão convencidos de que os resultados serão igualmente favoráveis, muito menos ainda de que serão melhores.

Os médicos hoje em dia, e a depender da especialidade médica torna-se uma verdade intangível, geralmente são blindados patrimonialmente e protegidos de custas e despesas de tais litígios por seguros de Responsabilidade Civil. Assim, os argumentos sobre os custos reduzidos de arbitragem são não persuasivos para os médicos.

Terceiro, embora as disputas possam ser resolvidas mais rapidamente com arbitragem do que seriam por meio da tutela Estatal, outras vantagens comumente relatadas da arbitragem - como a capacidade de selecionar seu tomador de decisões, a disponibilidade de pessoas neutras com experiência específica e privacidade, podem parecer ilusórias para o médico (160).

Existe ainda um receio ao redor do ambiente regulatório arbitral. Termos de compromisso arbitral, seja em forma de cláusula preestipulada ou um compromisso ajustado a qualquer momento da relação médico paciente, parecem ser percebidos muitas vezes como causadores de uma decisão de divisão de um compromisso, como se estivessem assinando um contrato prévio de “culpa parcial”, e isto sem dúvida torna-se nada atraente para médicos que buscam justificativa completa, pessoal e profissional, para ocorrências advindas de seus atos profissionais.

Assim como já é o entendimento nos tribunais brasileiros, nos EUA, os tribunais aplicam acordos de arbitragem pré-disputa vinculativos, rotineiramente, em todos os casos, inclusive em casos de culpa subjetiva médica - e acordos de arbitragem de negligência médica não são tratados de forma diferenciada. Contudo, o texto do

estatuto no *Federal Arbitration Act*²⁴ (FAA) não inclui exceção para reivindicações de danos pessoais ou até por morte por mal prática, algo que, como já visto, inviabilizaria a arbitragem em nosso país, uma vez que a vida é direito indisponível e tutelada exclusivamente pelo Estado.

De qualquer forma, vê-se nitidamente o alcance preventivo da Lei de Arbitragem em ambos os países em fazer cumprir obrigatoriamente cláusulas de arbitragem pré-disputa. "Um contrato deve ser cumprido, principalmente se for um contrato de arbitragem" (160).

Casos de mediação e arbitragem nos estados dos EUA, onde tais cláusulas de arbitragem pré-disputa são eficazes, as Cortes entendem que o fato de estarem baseadas no "consentimento e na não coerção" e também o fato de "a interpretação dos contratos privados ser normalmente uma questão de lei Estadual", fazem com que esses Tribunais estatais não se reúnam para revisá-los (161). Ou seja, o Estado estimula e endossa as tratativas arbitrais pré-disputa.

Tribunais da Califórnia, por exemplo, negaram ações para obrigar a arbitragem em disputas por negligência médica contra médicos que renunciaram às cláusulas ou quando algum viés foi encontrado, apesar de um acordo de arbitragem pré-disputa válido (162).

Em nosso país, num sistema jurídico multiportas, ao se falar em disputas envolvendo morte de pacientes e seus questionamentos, a via a ser tomada é uma só: a jurisdição Estatal, por todos os motivos já arrolados nesta tese. Contudo, em Tribunais norte-americanos como o da Califórnia, a resposta para as possibilidades jurisdicionais não é única. No caso *Ruiz v. Podolsky*, os familiares requerentes entraram com uma ação de homicídio culposo contra o cirurgião. Os representantes do falecido e o cirurgião

²⁴ *Federal Arbitration Act* (FAA) é Um estatuto promulgado em 1925 que fornece os princípios jurídicos básicos aplicáveis à arbitragem nos EUA (9 U.S.C. §§ 1-16; 9 U.S.C. §§ 201-208; 9 U.S.C. §§ 301-307). Seu princípio básico é que as convenções de arbitragem envolvendo comércio interestadual ou estrangeiro devem ser consideradas: 1) Válido; 2) Irrevogável; 3) Exigível, exceto por motivos legais ou equitativos para a revogação de um contrato. De acordo com a FAA, a decisão de um árbitro vincula as partes, a menos que a arbitragem ou o árbitro seja fundamentalmente injusto. Todos os cinquenta estados dos EUA e o Distrito de Columbia promulgaram suas próprias leis de arbitragem para tratar de questões que a FAA não aborda. O FAA consiste em dois capítulos. O Capítulo 1 da FAA (9 U.S.C. § 200) contém os princípios gerais aplicáveis a todas as arbitragens que se enquadram na FAA. Ele estabelece que a FAA se aplica a qualquer convenção de arbitragem que está por escrito. Refere-se a uma transação marítima ou envolvendo comércio interestadual ou estrangeiro. O Capítulo 2 da FAA (9 U.S.C. § 201) incorpora a Convenção de 1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (a Convenção de Nova York) na lei dos EUA ([https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-501-6615?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-501-6615?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true))

assinaram um acordo para arbitrar as alegações de negligência, declarando plena intenção das partes, incluindo cônjuge e herdeiros, a arbitrar qualquer reclamação decorrente do tratamento fornecido pelo cirurgião. A Suprema Corte da Califórnia considerou que a Lei de Reforma da Compensação de Lesões Médicas do Estado permitia aos pacientes vincular herdeiros a fazer reivindicações por morte, caso houvesse culpa subjetiva do médico assistente, a acordos de arbitragem (163). As Cortes Supremas da Flórida e do Alabama chegaram a conclusões semelhantes em casos envolvendo ações por homicídio culposo contra asilos locais (164).

As vantagens de usar a arbitragem como método jurisdicional para litígios médico-paciente é mundialmente reconhecida e uma prática norte-americana defendida há décadas (165). Autores destacam a indiscutível qualidade das decisões tomadas por árbitros técnicos no assunto, devido à velocidade da resolução e ainda como consequência a diminuição de despesas processuais (166).

O uso da Arbitragem para resolver questões de responsabilidade civil médicas também começou a ser utilizado no início do milênio na Argentina, através do Tribunal de Mediação, Conciliação e Arbitragem Médica e de Saúde, sob os auspícios do Tribunal Internacional de Conciliação e Arbitragem do Mercosul (TICAMER) (167) .

Em março de 2011, o *Malpractice-related Damage Relief and Medical Dispute Resolution Act* foi aprovado pela Assembleia Nacional da Coreia do Sul, entrando em vigor um ano depois da sua promulgação. Tal lei embasa solução justa, rápida e barata de disputas médicas, com foco na resolução alternativa de litígios, em casos de mal prática, descolando-os, se assim decidido pelas partes, dos tribunais civis (168).

Tais vantagens de precisão e eficiência nas decisões devem funcionar, por certo, em benefício tanto dos demandantes quanto dos requeridos. Os primeiros, contudo, temem razoavelmente serem preconceituosamente analisados quando os tomadores de decisão e réus compartilham a mesma cultura profissional. Médicos favoreceriam médicos? Nesse momento, tais temores chegam a ser exagerados, dado que na atualidade geralmente os médicos não atuam como árbitros, ainda se restringindo à área técnica investigativa, ou seja, pericial.

Quanto à rápida resolução, ainda não se tem *knowhow* nacional para esta afirmação. Contudo, estudos norte-americanos conseguem abordar o tema. Uma análise de 1.452 ações judiciais por negligência médica em todos os Estados Unidos revelou que o tempo médio desde a abertura da reclamação até o trânsito em julgado, foi de três anos

(169). Em claríssimo contraste, 604 disputas entre uma dada Câmara Arbitral e seus membros arbitrados em 2014, tiveram seus inícios e foram encerrados em média em menos de um ano (170). Assim, resolução rápida de reivindicações passa a ser uma vantagem real da arbitragem sobre o litígio, tanto para os reclamantes quanto para os réus, para ser explorada aqui no Brasil.

Talvez uma das grandes discussões em relação à aplicabilidade do método arbitral nas disputas entre médicos e pacientes seja a questão de custos para tal processo. Nossa legislação garante em sua Constituição o acesso gratuito à justiça para os menos abastados.

Contudo, assistir às demandas das partes hipossuficientes entrarem com o pedido de justiça gratuita para o paciente, e em boa parte, conseguindo êxito nesse pedido, é certo para quem está no cotidiano do judiciário. Por que esta parte, tão agraciada pela tutela Estatal, viria a assinar uma cláusula arbitral se soubesse, contando com a boa-fé de todos os envolvidos, que seguramente arcará com parte da demanda estabelecida na contratação eventual de uma câmara arbitral?

Por outro lado, assistimos cada vez mais o médico brasileiro blindado em seu patrimônio com um seguro de Responsabilidade Civil que, na maior parte das vezes, isenta seu contratante de custas, honorários periciais, honorários advocatícios e eventuais indenizações, sempre no limite do prêmio contratado, pelo médico, àquela seguradora. É certo que não é o mote financeiro o único que rege o impulso do médico a defender seu ponto de vista nessas disputas, como já visto. Mas é claro que esse mesmo médico enfrentará esse difícil embate sem a preocupação de perdas financeiras ou depreciação patrimonial que podem existir. Resta a pergunta: essas Seguradoras de Responsabilidade Civil cobririam um processo sob a jurisdição arbitral?

Em busca ativa nos registros da SUSEP - Superintendência de Seguros Privados, que é órgão governamental responsável pela autorização, controle e fiscalização dos mercados de seguros no Brasil, vinculado ao CNSP, Conselho Nacional de Seguros Privados - não há empecilhos para a escolha do meio arbitral para uma cobertura financeira de seguros de Responsabilidade Civil para nenhuma categoria, inclusive para profissionais liberais (171).

Contudo, a regra geral das seguradoras diz que se o segurado não expressar na proposta sua opção pela jurisdição do tribunal arbitral, todas as controvérsias, disputas ou litígios resultantes do instrumento contratual serão dirimidos pelo Tribunal da Comarca

do Segurado, nos termos da cláusula de “Foro” das Condições Gerais da Apólice. Outras ainda de forma generalista, empregam a possibilidade como extracontratual e cabe o aviso à seguradora no momento particular da cláusula estabelecida, caso a caso.

Já existem no país Câmaras Arbitrais específicas para a condução de casos na área da saúde. Com conceito “multiportas”, a grande proposta desde 2017, é de dirimir controvérsias na saúde pública e privada, ou seja, os planos de saúde. Quanto a disputas diretas entre médicos e pacientes, foi inaugurada no início de 2021, no estado do Rio Grande do Sul, a CAM-SAÚDE (Câmara Nacional de Arbitragem e Mediação em Saúde) (172).

Outro ponto de análise seria a controversa dicotomia entre cláusulas arbitrais e o disposto no Código do Consumidor (16). Segundo o entendimento da Ministra Nanci Andrichi da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, cláusula arbitral não impede o consumidor de procurar a via judicial para solucionar um litígio. É possível esse tipo de solução de Arbitragem em contratos de adesão, mas desde que haja concordância entre as partes, pois o consumidor sempre terá a possibilidade de optar por levar o caso à Justiça.

O Sistema judiciário espanhol foi contemplado com o apoio de um Sistema Arbitral de Consumo por meio do Real Decreto 636, de 3 de maio de 1993 - apesar de, em caráter experimental, o sistema funcionar desde a Constituição de 1986. Tal sistema arbitral foi totalmente baseado na voluntariedade, fazendo-se extremamente efetivo e vantajoso para os consumidores, encontrando crescente adesão por parte destes e de fornecedores. Está prevista a inarbitrabilidade dos conflitos que envolvam intoxicação, lesão ou morte, ou para os quais concorram indícios consideráveis de delito. Contudo, assim como no direito nacional brasileiro, na Espanha, a cláusula compromissória em contratos de consumo, no que se refere ao consumidor, parte necessariamente mais vulnerável na relação de consumo, não tem qualquer efeito obrigacional. A real diferença está no fato de que a lei de arbitragem espanhola, em sua disposição adicional primeira, estabeleceu "a gratuidade da arbitragem de consumo, somente desembolsando para as partes as respectivas despesas oriundas da produção de provas, divididos os gastos relativos às provas de interesse comum pela metade" (173).

Numa panorâmica geral, a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, traz intrinsecamente a derrogação da jurisdição estatal. Aplicável aos contratos de adesão genéricos, de forma específica, o artigo 4º da Lei 9.307/96 restringe a eficácia da cláusula compromissória. Contudo, mais específica é a regra legislada no artigo 51 do

CDC, que impõe a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem em contratos, sendo estes de adesão ou não.

“A atitude do consumidor de promover o ajuizamento da ação principal perante o juízo estatal evidencia, ainda que de forma implícita, a sua discordância em submeter-se ao procedimento arbitral, não podendo, pois, nos termos do CDC, prevalecer a cláusula que impõe a sua utilização, visto ter-se dado de forma compulsória” (174).

Por óbvio, esse entendimento esbarraria até mesmo no médico que, de forma indiscriminada, faz seus contratos de prestação de serviços com cláusulas arbitrais, sem destacar e conversar sobre esse item com o paciente. Parte-se do princípio que partes concordes, contrato válido e eficaz.

Todas essas colocações, fazem do Processo Arbitral um método certo para discutir contratos firmados entre médicos e pacientes, como abordo a seguir.

Capítulo 6

6 Conclusões e perspectivas

6.1 Conclusões

A formação médica passou, nestes últimos 50 anos, por transformações estruturais. Alguns trabalhos discutem a gênese do modelo educacional médico, como por exemplo o proposto por A. Flexner nos Estados Unidos, comparando-o com a proposta de aplicação do modelo universitário germânico à educação médica brasileira, na década de 1930, por Antônio da Silva Mello. Tais avaliações sustentam que reformas não dependem unicamente desses modelos, mas de sua aplicabilidade frente a expectativas consagradas pela tradição (175).

Na dinâmica social do exposto, é impossível não citar, com base em todo o corpo deste texto, o afastamento progressivo no relacionamento médico-paciente. E em tomada panorâmica dessa situação, assistimos a um médico cada vez mais sobrecarregado de trabalho, cada vez mais cobrado, não apenas quanto às suas atividades intelectuais, mas também em relação às suas responsabilidades em prestações de serviços, com chances que, há muito, deixaram de ser mínimas, de ser judicializado por seus atos, estressado, à beira de um *burnout*. Isolando-se num *feedback* positivo, este médico trabalha “defendendo-se”, e por consequência distanciando-se ainda mais do paciente.

É ainda preciso colocar em pauta que a demanda tecnológica para diagnósticos deixou não apenas os jovens médicos dependentes dessa propedêutica armada para serem certos e delimitarem suas hipóteses, ao mesmo tempo em que há uma cobrança pública pelo pedido de exames complementares, como meios de certeza sobre os acometimentos orgânicos em discussão. Logo, por um lado, a incerteza diagnóstica e o medo de errar estão fazendo com que o médico se cerque de várias possibilidades laboratoriais e estudos de imagem, e por outro lado, a cobrança desses exames como se o não pedido destes fosse, de fato, um mau trato pessoal e uma quebra de uma digna prestação de serviços.

Na contramão, temos um paciente que, por menor que sejam suas condições sócioeconômicas, de forma geral, é um paciente mais orientado quanto às possibilidades terapêuticas; informado, por mais que por meios digitais não confiáveis, sobre seu

diagnóstico; mais capacitado e munido de seus direitos como consumidor dos serviços prestados pelo profissional da saúde.

Há quem diga que, hoje em dia, o paciente é muito mais um cliente, numa postura menos passiva quanto à aceitação das ordens médicas e muito pró-ativo em suas escolhas nas possibilidades terapêuticas.

Evidentemente após todo este apanhado, algumas conclusões podem ser grafadas neste capítulo.

Começaria com o relacionamento médico-paciente, adoecido através dos tempos. Uma vez realizado o diagnóstico desse panorama, que é de uma axiomática postura bilateral de rechaçamento relacional, este necessariamente deve ser revisto, como sugere-se em item subsequente deste capítulo.

Assim como a profilaxia jurídica desse relacionamento profissional deve ser aprimorada, a terapêutica jurídica deve se estender para outras possibilidades de resolução. É como na Medicina: se existem vários antibióticos que podem tratar a mesma doença de maneira eficaz, não se pode dizer qual é a melhor conduta para aquele caso. Talvez valha aqui um comparativo com a melhor experiência daquele profissional para aquele evento.

A melhor terapia é uma somatória da aplicação terapêutica adequada para aquele caso concreto, segundo a experiência daquele profissional apto a tratá-la.

Existem terapias mais engessadas, como se viu no corpo deste trabalho: direitos indisponíveis, como a vida, em nossa legislação, não deverá, por ninguém, ser tratada por métodos autocompositivos ou pela Arbitragem. Deverá ser tutelada pelo Estado, não há outra possibilidade.

Logo, a gama terapêutica deve ser colocada segundo o diagnóstico jurídico realizado. Não há tratamento eficaz, e por que não dizer elegante, sem um entendimento pormenorizado caso a caso.

No decorrer deste trabalho, com levantamentos sobre o sistema operacional da arbitragem, seu funcionamento, suas peculiaridades e diferenças no comparativo com o judiciário Estatal, a conclusão apenas pode ser a de que a Arbitragem tem um imenso campo para ser explorado no que tange à resolução de conflitos médico-pacientes, dada a sua total viabilidade e aplicabilidade para tal.

Talvez o medo do desconhecido seja o fator limitante para sua vasta utilização. Um desconhecido não apenas para o médico, comprovadamente resistente a

possibilidades cientificamente não comprovadas, mas também para o paciente, ainda tomador da ideia de que o Estado é o único cujo poder pode ajudá-lo e ainda para o advogado, talvez ainda inapto para conhecer de forma intrínseca esse método terapêutico, tendendo sempre a utilizar a velha fórmula conhecida.

Ultrapassadas tais barreiras, a Arbitragem constitui método eficaz para a relação de conflitos contratuais entre médicos e pacientes, dirimindo de forma célere, menos custosa, e talvez, por que não arriscar esta característica, de forma mais assertiva, dada a especificidade dos árbitros escolhidos nas questões envolvidas a cada caso concreto.

6.2 Impressões do Autor e Perspectivas

O relacionamento médico-paciente mudou. A proposta de resgatar a velha fórmula dessa relação talvez seja equivocada. A sociedade evolui dinamicamente em todos os seus entendimentos, assim como ocorre no direito, há muito discutido por Hans Kelsen em seu clássico *Teoria Pura do Direito*. No mesmo sentido, a medicina mudou. Evoluímos com dispositivos tecnológicos, digitais que permitem uma comunicação mais rápida, à distância e com a possibilidade de diagnósticos muito mais precisos. Contudo, toda essa evolução, à medida que estreita possibilidades diagnósticas, traz consigo um paciente menos passivo, mais proativo, e um médico cerceado por condições que podem comprometê-lo: estou fazendo o certo? estou fazendo tudo o que posso para as condições locais? estou interpretando corretamente? este laudo é correto?

Talvez, frente à irrefutável velocidade e ao direcionamento na tecnologia médica, o grande “segredo” esteja na comunicação. Mas vale lembrar que estamos falando visando um relacionamento moderno, de uma comunicação informal e formal. Numa outra tomada, pode-se falar em propostas de comunicação humanizada e com bases em profilaxia jurídica, respectivamente.

É quase impossível neste ponto, não retomarmos a Figura 1 da página “57”, para observar que a comunicação médico-paciente, tanto verbal quanto a formal, sendo eficaz, já romperia grande parte do eixo que propulsiona o desentendimento desta relação. É quando o termo profilaxia jurídica faz completo sentido.

Por óbvio, existirão os erros de fato, e os encargos por essas culpas serão inevitáveis. Ainda assim, estes poderão ser discutidos em outro ambiente que não o judiciário estatal.

O paciente, hipossuficiente, busca a verdade (somente a verdade, nada mais que a verdade!) e isso é um fato. Por certo, busca atenção, carinho, ciência, e aqui entramos numa gama imensa de expectativas que um paciente pode ter em relação ao seu médico. Mas a verdade diagnóstica e os passos a serem tomados, com todas as intercorrências que podem existir a partir das tomadas de condutas, ele quer e precisa saber.

Medicina não é ciência exata. Não depende de teoremas e equações cujas fórmulas são de precisão. Os atos médicos são pautados em estudos científicos e na experiência humana até os dias de hoje, mas os frutos desses atos dependem muito da reação orgânica de cada um, de cada indivíduo e suas peculiaridades, suas especificidades. E por mais que isso abra um leque imenso de possibilidades, o paciente deve saber que pode transitar por cada uma delas.

Neste ponto, pode-se dividir a comunicação em humanizada, num momento em que o médico expõe, de forma profissional, amiga, carinhosa, a mais pura verdade sobre os caminhos possíveis ao ato médico proposto, de forma simples e entendível a todos os envolvidos. E a parte da comunicação como profilaxia jurídica, é a formalização dessa comunicação. Esses são os Termos de Consentimento Livres e Esclarecidos (TCLE), tão cobrados no judiciário e tão “não realizados” pelos médicos, até como meios de prova de que houve a boa-fé na informação para o paciente. Existem TCLEs disponíveis de característica eletrônica, dinâmica, moderna, contudo, com a robustez jurídica de serem documentos eficazes para provar a comunicação entre as partes.

Trata-se de meio justo para que se objetive a comunicação completa das intercorrências que podem se verificar a partir de ato médico e o entendimento pleno por parte do paciente. Acopla-se a formalização por meio documental de que houve uma boa exposição das intercorrências cabíveis e por fim, tais documentos servirão de base probatória caso haja necessidade de uma intervenção jurídica numa demanda judicial.

Obviamente, além desse documento de comunicação, é trabalho contínuo, não apenas no estágio de judicialização, mas como premissa básica de atendimento, o bom trato e o preenchimento do prontuário médico. A partir do momento em que o médico entenda que o prontuário médico é documento do paciente, aquele tem o dever de manter

tal documentação completa, legível e de disponibilizá-la sempre que requerida. Apesar de ser tratado desde a graduação, deve ser assunto recorrente para todas as faixas etárias e especialidades.

Ainda é preciso falar ao médico sobre a imprescindibilidade de um Contrato de Prestação de Serviços. Esse documento faz parte da tríade de “comunicação” num consultório médico para perfeito entendimento das partes sobre o que está contido nesses serviços. Todos esses documentos muito bem explanados e uma excelente abordagem verbal somam o necessário para o paciente de boa-fé seguir sem dúvidas a respeito das propostas terapêuticas sobre o diagnóstico concluído pelo profissional. Da máxima popular, “o combinado, nunca sai caro!”.

Outro ponto que talvez deva ser mais abordado para a classe médica, tão assustada com a judicialização de conflitos na sua área, é a necessidade ou não da contratação de um seguro profissional de Responsabilidade Civil (RC). Sem dúvida, existem especialidades médicas que são mais demandadas no judiciário do que outras, e esse cálculo de probabilidades merece sempre ser estudado e abordado, talvez por juristas, e não por corretores de seguros que visam, indiscriminadamente, vender suas apólices. A necessidade dessa exposição, com um panorama do que ocorre no judiciário nacional, segmentado por especialidades, faixas etárias, resoluções nas mais diversas instancias, enfim, deve ser abordada por quem entende do assunto, por quem opera o direito.

Até porque, entre as várias discutidas, uma das grandes perdas do médico em processos com acusações de má prática médica é a patrimonial. O contrato de uma apólice para aquele determinado médico realmente vai significar uma blindagem patrimonial para o profissional e para a família ou será investimento sem necessidade?

Seria ousado tentar responder em breves linhas à questão anterior, que merece toda uma análise de risco pessoal, que envolve vários fatores na vida do médico para seu perfil. Que fique aqui a necessidade do entendimento de que seguros de RC são bem-vindos, para muitos são muito recomendáveis, mas podem não ser vitais para algumas especialidades e grupos médicos.

Saindo do campo da profilaxia jurídica e indo rumo à terapêutica jurídica, em casos em que ocorreu a demanda ou a insatisfação por parte do paciente, talvez o primeiro alerta para o médico consciente e de boa-fé seja a empatia.

Antes de partir para sua autodefesa imediata e jogar “na retranca”, num movimento de se eximir da responsabilidade, talvez caibam genuinamente algumas

questões por parte do médico: o que ocorreu de fato com este paciente? foi interferência do tratamento proposto por mim? tal intercorrência é descrita na literatura médica? eu informei o paciente sobre essa possibilidade? tal ocorrência é lesão permanente ou é passível de correção? eu tenho capacidade de corrigi-la?

Há muito pratica-se pelas mais variadas clínicas de especialidades, reuniões, aulas e mesmo temas em congressos intitulados “complicações dos casos”, onde médicos com as mais vastas experiências no tema discutido apresentam suas pastas e carteiras de inúmeras cirurgias, contando o quão baixas são aquelas complicações em suas mãos. Mas não há e nunca houve menção ao médico e à sua postura, aos seus sentimentos, às suas expectativas e ao seu relacionamento com aquele paciente em quem uma complicação ocorreu. Foi visto que, mundialmente, isso é uma proposta firme, como processo terapêutico de apoio ao médico que conduziu o caso, lamentavelmente, complicado. É difícil o médico aceitar e expor tais complicações, pelo medo do estigma, não apenas social, como da própria classe médica.

Tal discussão torna-se cada vez mais necessária, exigindo esse tipo de abordagem dos centros de aprendizado, desde a graduação médica, passando pela residência médica e cursos de especialização, não apenas como solução das complicações que aliviarão o paciente, mas como orientação para o médico, que conduz uma situação por vezes muito difícil de sustentar sozinho. Ainda mais se acontece de o paciente ou de seus familiares começarem a não entender a situação e esta desembocar numa queixa formal ao médico.

Ideias futuristas já alcançaram nossos tempos, há muito. Seres humanos sendo operados cirurgicamente por robôs, já não é novidade. Avanços vem à galope! E certamente não virão sem intercorrências médicas, inerentes à qualquer processo cirúrgico. Como ficaria a situação de uma lesão vascular intraoperatória, e que curse com algum tipo de dano ao paciente? O médico operador / programador do robô, ou o responsável pelo aparelho deve ser responsabilizado? Além de perícia médica, serão incorporadas outras perícias, como a de bio-engenharia para um mesmo caso concreto?

Obviamente, cabem quantas questões forem necessárias, antes de propostas de resolução jurídica, como propostas de resolução médica, que devem necessariamente anteceder as primeiras.

A empatia, o colocar-se no lugar do paciente e seus familiares e tratá-lo com informações, com respeito e consideração, como a qualquer ente querido, ajuda muito no

entendimento, não apenas na forma de seguir acompanhando o paciente que sofreu uma intercorrência, mas como algo fundamental nos casos em que a discórdia já está estabelecida por parte do paciente, sendo um princípio básico da Mediação.

Métodos autocompositivos estão presentes há anos na classe médica, propostos inclusive pelos Conselhos Regionais de Medicina, já com alguma desenvoltura, porém ainda há muito o que se estimular nesses métodos. Talvez a grande barreira seja a cultura da judicialização imediata por parte dos pacientes, estimulados por uma classe advocatícia contenciosa, sem a tentativa da reabordagem médica antes de um litígio formalizado.

A promoção do assunto e a criação de centros especializados em autocomposição deve ser a próxima etapa dessa classe de desavenças médico-paciente. Por óbvio, isso terá que partir da classe médica, com o propósito firme de minimizar o litígio. Não é de conhecimento popular essa possibilidade. Talvez, a proposta em larga escala para os Conselhos Regionais dos vários Estados, de propagandas efetivas a esse respeito fosse um caminho, com apoio em particular das ouvidorias das mais diversas instituições de saúde, públicas ou privadas, modulando e participando efetivamente desse módulo resolutivo.

Como discutido no início deste trabalho, o litigar as vezes é inevitável, quando não há possibilidades de autocomposição. Como métodos heterocompositivos, restam a tutela estatal e a arbitragem.

A arbitragem e suas leis estabelecidas cabem perfeitamente em controvérsias contratuais estabelecidas entre médicos e pacientes, como visto. Contudo, o método é vislumbrado pelos advogados para deslindes comerciais de grandes montantes e essa é uma barreira a ser também superada.

Apesar de a possibilidade arbitral existir e estar aberta, para que haja um influxo de casos médicos contratuais, passíveis de serem resolvidos por esse método de disputa, é preciso organizar alguns parâmetros para contextualizar tal jurisdição à matéria.

O apontamento de câmaras arbitrais que cobrissem especificamente casos de saúde seria interessante e bem-vindo. Mas tal necessidade é relativa, pois, em teoria, qualquer câmara arbitral que se disponha a realizar tal disputa de matéria específica, deve arcar com as normativas propostas.

A escolha dos árbitros, sem dúvida, seria uma das questões mais apontadas pelas partes e isso seria um apontamento muito mais valioso do que a especificidade da câmara

arbitral a ser designada.

A seleção de árbitros é realizada pelas partes. No mundo médico, se o método foi devidamente aplicado, será de fácil reconhecimento o árbitro elegível por sua postura e decisões tão específicas à matéria. Mas seria assim também ao público em geral?

Aqui cabe a observação da perícia do advogado especializado na interação com a área de saúde, popularmente chamado de “direito médico”, termo ao qual tenho algumas ressalvas, pois a mídia já o fez associar-se a “erro” supostamente cometido. Retomando a expertise do advogado, esta será essencial à envergadura das disputas para a arbitragem, pois partirá dele o concorde com uma suposta cláusula contratual arbitral previamente assinada ou até mesmo um termo de compromisso arbitral, se assim definirem as partes.

O árbitro especializado será então o prisma para tal divulgação. Sua formação será necessariamente a de entendedor de um rito processual, por mais que as partes definam de comum acordo passos diferentes para o rito. Além disso, sua expertise na matéria a ser dirimida, ou seja, na área médica, será almejada.

Operadores do Direito que saibam de medicina ou médicos que consigam operar o direito? Talvez essa não seja uma questão relevante neste momento, mas sim o grau de confiabilidade passado às partes, lembrando que há alguns entraves na aceitação de árbitros médicos em outras culturas, por medo de retaliação e de um suposto corporativismo médico à questão.

Quanto à publicidade restrita e à confidencialidade aplicadas a uma jurisdição privada, só há vantagens nesse tipo de resolução, para que ambas as partes não tenham suas vidas expostas numa controvérsia demorada e desgastante.

Tanta clareza como se vê nas questões acima apresentadas não se configura ainda em aspectos como a aplicabilidade de custos, quem pagaria despesas arbitrais, como a parte hipossuficiente concordaria em embarcar na empreitada de uma controvérsia dirimida por arbitragem e o entendimento de que a cláusula arbitral não pode ser vontade unilateral do médico, para não ser entendida como cláusula de contrato de adesão. Talvez o apontamento desse último entendimento seja prioritário aos demais, na medida em que ele coloca em xeque o seguimento do processo arbitral inteiro.

Uma vez explicitado por muita conversa e termos formais específicos apontando a cláusula arbitral como forma de resolução de possíveis controvérsias, certamente estaremos frente a um contrato válido e cuja eficácia dependerá do acontecimento ou não de uma intercorrência médica. A partir deste ponto, consegue-se admitir a congruência

do aceite do paciente em participar desse tipo de disputa. E mais uma vez, mesmo tentando dirimir controvérsias, fala-se em profilaxia jurídica na comunicação entre as partes.

Cientes, pode-se condicionar qualquer aspecto contratual, inclusive a divisão de custas arbitrais entre as partes, incluindo gastos de contratação com a Câmara específica, árbitros e outros montantes. Ainda é possível predefinir qual será o montante indenizatório, caso haja alguma intercorrência médica questionada.

É visto que na legislação arbitral pátria, basicamente composta pela Lei 9.307/96, somada à Lei 13.129/2015 como complemento, assim como pelos usos e costumes internacionais, não há como sustentar um sistema jurídico completamente novo, como se assiste na Coreia do Sul. Seriam necessárias mudanças legislativas para se tentar modular nosso ambiente jurídico à realidade mundial atual, de forma que brasileiros passem a compor também disputas, como as que versam sobre saúde de modo geral, em sistema arbitral.

Por óbvio, fatores que evocam o sucesso da arbitragem em saúde nos países citados, como um sistema de saúde completamente privatizado que justifica a priorização do juízo arbitral sobre o jurisdicional nos Estados Unidos ou mesmo a organização e estruturação de todo um sistema regulador realizado com maestria por um país pequeno e desenvolvido como a Coreia do Sul, são elementos que precisam necessariamente ser levados em consideração.

Contudo, é impossível deslembrar que um país que tem legislações de vanguarda nos campos consumerista, de família e de sucessões ou até na proteção ao idoso, criança e adolescente, além de um robusto sistema eleitoral, apesar de ser de grandes dimensões como o Brasil, tem plena competência e por que não dizer imprescindibilidade, tanto para promover melhorias em sua legislação arbitral como para compor um bem sucedido sistema de resolução de conflitos nos moldes internacionais.

Seja autocompositivo ou heterocompositivo, talvez reste a pergunta do real impacto da negociação/arbitragem nesse tipo de relação tão *sui generis*, como a relação entre médico e paciente, e em aspectos bem abrangentes: impacto emocional, financeiro, social e por que não incluir o jurídico? Talvez, em muito pouco tempo possamos trazer à tona algum fruto de avaliação de todos esses aspectos.

Muito a ser estudado, muito a ser discutido... Contudo, o caminho para o método arbitral na área médica existe, é forte e absolutamente aplicável. Pode-se concluir que

num futuro próximo, talvez seja o meio de resolução mais coerente e almejado para a resolução de litígios e controvérsias contratuais entre médicos e pacientes.

Referências

1. Carmona CA. Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Atlas; 2009.
2. Câmara AF. Arbitragem Lei nº 9.307/96. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2004.
3. Dutra Asensi F, Pinheiro R. Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência. Brasília: Conselho Nacional de Justiça; 2015. p. 13.
4. America IoMUCoQoHCi. To Err is Human: Building a Safer Health System. 2000.
5. de Vries EN, Ramrattan MA, Smorenburg SM, Gouma DJ, Boermeester MA. The incidence and nature of in-hospital adverse events: a systematic review. Qual Saf Health Care. 2008;17(3):216-23.
6. Chantler C. The role and education of doctors in the delivery of health care. Lancet. 1999;353(9159):1178-81.
7. Runciman W, Hibbert P, Thomson R, Van Der Schaaf T, Sherman H, Lewalle P. Towards an International Classification for Patient Safety: key concepts and terms. Int J Qual Health Care. 2009;21(1):18-26.
8. Anvisa (Brasil). Boletins Informativo - Segurança do paciente e qualidade em serviços de saúde. 2013. Disponíveis em: <http://www.Anvisa.gov.br/hotsite/segurancadopaciente/documentos/junho/Modulo%201%20-%20Assistencia%20Segura.pdf>.
9. Proqualis/Icict/Fiocruz. (s.d.). Centro Colaborador para a Qualidade do Cuidado e a Segurança do Paciente. Disponível em: <http://proqualis.net/>.
10. Organization: WH. World Alliance for Patient Safety, Taxonomy: The Conceptual Framework for the International Classification for Patient Safety: final technical report. Genebra2009.
11. Calvielli ITP. O código de defesa do consumidor e o cirurgião-dentista como prestador de serviços. In: SILVA M, editor. Compêndio de Odontologia Legal. São Paulo: Medsi1997.
12. Oliveira MLL. Responsabilidade civil odontológica. 2000.
13. Penneau J. La responsabilité médicale. Paris: Dalloz1977. p. 12-3.
14. Pereira, Silva. Cmd. Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense; 2018.
15. Moreira MRM. Contribuição ao estudo da responsabilidade civil do médico à luz do direito romano. São Paulo: Latindo Quartier Brasil 2016. 181 p.
16. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, (1990).
17. Mejía JIG. Ante la mala praxis quirúrgica, ¿trascendencia ética o legal?2018; 40(1):[46-53 pp.].
18. Kfoury Neto M. Responsabilidade civil do médico. rev., atual. e ampl. com novas especialidades: implantodontia, oftalmologia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007; 2007. p. 606p.
19. Meirelles HL. Direito administrativo brasileiro Eurico de Andrade Azevedo DBAeJEBF, editor. São Paulo2007. 831 p.
20. Mota AVL. Análise do discurso da jurisprudência do STJ nas ações de indenização por erro médico: impacto no sistema de saúde. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo; 2015.
21. Cahali YS. Dano moral e sua reparação civil. 4 ed. São Paulo: RT; 2011.

22. Lotufo R, Nanni GE, Martins FR. A Função Punitiva da Responsabilidade no Código Civil. Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo. 1 ed. São Paulo: Atlas 2012. p. 641-68.
23. Mahuad LCNE, Mahuad C. Imputação da responsabilidade civil: responsabilidade objetiva e subjetiva. Escola Paulista da Magistratura/ Responsabilidade Civil: 2015; 2015.
24. Santos IL. A responsabilidade civil do cirurgião plástico nas cirurgias estéticas 2019.
25. Pereira CMdS. Responsabilidade civil. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense; 2005. 327 p.
26. Drumond JGdF. Bioética clínica e direito médico. Bioethikos: 2012; 2012. p. 78-89.
27. BRASIL. Supremo Tribunal Federal . Medida Cautelar Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental. ADPF 532 MC/DF. Requerente: Conselho Federal Da Ordem Dos Advogados Do Brasil - CFOAB. Interessado: Agência Nacional De Saúde Suplementar - ANS. Relator: Min. Celso De Mello. Brasília,. 2018.
28. Krugman P. Patients Are Not Consumers. The New York Times. 2011.
29. Kant I. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos. Edições 70: 2011; 2011.
30. Murr LP. A inversão do ônus da prova na caracterização do erro médico pela legislação brasileira. Revista Bioética [Internet]. 2010; 18 [31 -47 pp.].
31. Alves RGdO, Loch JdA. Responsabilidade civil do cirurgião plástico em procedimentos estéticos: aspectos jurídicos e bioéticos. Rev bioét [Internet]. 2012; 20:[397-403 pp.].
32. Bergstein G. Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova: Universidade de São Paulo; 2012.
33. Buddeberg-Fischer B, Klaghofer R, Stamm M, Siegrist J, Buddeberg C. Work stress and reduced health in young physicians: prospective evidence from Swiss residents. Int Arch Occup Environ Health. 2008;82(1):31-8.
34. Sangi-Haghpeykar H, Ambani DS, Carson SA. Stress, workload, sexual well-being and quality of life among physician residents in training. Int J Clin Pract. 2009;63(3):462-7.
35. Wu AW. Medical error: the second victim. West J Med. 2000;172(6):358-9.
36. Crigger NJ. Always having to say you're sorry: an ethical response to making mistakes in professional practice. Nurs Ethics. 2004;11(6):568-76.
37. Canal R. O pensamento Jurisprudencial brasileiro no 3º milênio sobre erro médico. ed, editor. São Paulo: Eceat 2016.
38. King KC, Hoffman JR. Myths and medicine. West J Med. 2000;172(3):208.
39. Thomas JC. Re-visioning medicine. J Med Humanit. 2014;35(4):405-22.
40. Waterman AD, Garbutt J, Hazel E, Dunagan WC, Levinson W, Fraser VJ, et al. The emotional impact of medical errors on practicing physicians in the United States and Canada. Jt Comm J Qual Patient Saf. 2007;33(8):467-76.
41. Freudenberger HJ. Staff Burn-Out. J Soc Issues 1974. p. 159-65.
42. Williams D, Tricomi G, Gupta J, Janise A. Efficacy of burnout interventions in the medical education pipeline. Acad Psychiatry. 2015;39(1):47-54.
43. Myers MF. The well-being of physician relationships. West J Med. 2001;174(1):30-3.
44. Oreskovich MR, Shanafelt T, Dyrbye LN, Tan L, Sotile W, Satele D, et al. The prevalence of substance use disorders in American physicians. Am J Addict. 2015;24(1):30-8.

45. Hawton K, Clements A, Sakarovitch C, Simkin S, Deeks JJ. Suicide in doctors: a study of risk according to gender, seniority and specialty in medical practitioners in England and Wales, 1979-1995. *J Epidemiol Community Health*. 2001;55(5):296-300.
46. Chen KY, Yang CM, Lien CH, Chiou HY, Lin MR, Chang HR, et al. Burnout, job satisfaction, and medical malpractice among physicians. *Int J Med Sci*. 2013;10(11):1471-8.
47. West CP, Huschka MM, Novotny PJ, Sloan JA, Kolars JC, Habermann TM, et al. Association of perceived medical errors with resident distress and empathy: a prospective longitudinal study. *JAMA*. 2006;296(9):1071-8.
48. Pereira-Lima K, Mata DA, Loureiro SR, Crippa JA, Bolsoni LM, Sen S. Association Between Physician Depressive Symptoms and Medical Errors: A Systematic Review and Meta-analysis. *JAMA Netw Open*. 2019;2(11):e1916097.
49. Dyrbye LN, Shanafelt TD, Balch CM, Satele D, Sloan J, Freischlag J. Relationship between work-home conflicts and burnout among American surgeons: a comparison by sex. *Arch Surg*. 2011;146(2):211-7.
50. Center C, Davis M, Detre T, Ford DE, Hansbrough W, Hendin H, et al. Confronting depression and suicide in physicians: a consensus statement. *JAMA*. 2003;289(23):3161-6.
51. Deshpande SP, Deshpande SS. Career satisfaction of surgical specialties. *Ann Surg*. 2011;253(5):1011-6.
52. Charles SC, Wilbert JR, Franke KJ. Sued and nonsued physicians' self-reported reactions to malpractice litigation. *Am J Psychiatry*. 1985;142(4):437-40.
53. Martin CA, Wilson JF, Fiebelman ND, Gurley DN, Miller TW. Physicians' psychologic reactions to malpractice litigation. *South Med J*. 1991;84(11):1300-4.
54. Kane C. Policy Research Perspectives Medical Liability Claim Frequency: A 2007-2008 Snapshot of Physicians. American Medical Association: 2010; 2010.
55. Shanafelt TD, Balch CM, Bechamps GJ, Russell T, Dyrbye L, Satele D, et al. Burnout and career satisfaction among American surgeons. *Ann Surg*. 2009;250(3):463-71.
56. Shanafelt TD, Balch CM, Bechamps G, Russell T, Dyrbye L, Satele D, et al. Burnout and medical errors among American surgeons. *Ann Surg*. 2010;251(6):995-1000.
57. Mello MM, Chandra A, Gawande AA, Studdert DM. National costs of the medical liability system. *Health Aff (Millwood)*. 2010;29(9):1569-77.
58. Balch CM, Oreskovich MR, Dyrbye LN, Colaiano JM, Satele DV, Sloan JA, et al. Personal consequences of malpractice lawsuits on American surgeons. *J Am Coll Surg*. 2011;213(5):657-67.
59. Renkema E, Broekhuis MH, Ahaus K. Explaining the unexplainable - the impact of physicians' attitude towards litigation on their incident disclosure behaviour. *J Eval Clin Pract*. 2014;20(5):649-56.
60. Boothman RC, Blackwell AC, Campbell DA, Commiskey E, Anderson S. A better approach to medical malpractice claims? The University of Michigan experience. *J Health Life Sci Law*. 2009;2(2):125-59.
61. Kraman SS, Hamm G. Risk management: extreme honesty may be the best policy. *Ann Intern Med*. 1999;131(12):963-7.
62. Kaldjian LC, Jones EW, Rosenthal GE, Tripp-Reimer T, Hillis SL. An empirically derived taxonomy of factors affecting physicians' willingness to disclose medical errors. *J Gen Intern Med*. 2006;21(9):942-8.
63. Malheiros N. Da Publicidade dos Atos Processuais no NCPC. *Jusbrasil*; 2019.

64. Toaldo AM, Rodrigues. A publicidade dos atos processuais: uma questão principiológica. *Âmbito Jurídico* [Internet]. 2012.
65. Maciel JFR. Teoria Geral do Direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema. Saraiva, editor 2004. 160 p.
66. Wambier LR. Curso Avançado de Processo Civil. Tribunais Rd, editor. São Paulo 1998. 80 p.
67. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/05/2000. Supremo Tribunal Federal 2000.
68. Wambier LR, Almeida FRCd, Talamini E. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Tribunais Rd, editor. São Paulo 2007. 179 p.
69. Neto AF. "A mediação produz mais incompletudes do que as completudes pretendidas, e é bom que seja assim". *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*. 2009.
70. Terra CF, Sousa GMSFd. Opinião Pública em tempos de mídias sociais: mediação, comunicação desintermediada em Memes. XIII Congresso Brasileiro Científico de Comunicação Organizacional e de Relações Públicas; São Paulo 2019.
71. Habermas J. Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. brasileiro T, editor. Rio de Janeiro 2003. 398 p.
72. Nunes R. Um Tribunal de Exceção chamado Redes Sociais Jusbrasil 2017 [Available from: <https://rodrigonunez.jusbrasil.com.br/artigos/417624066/um-tribunal-de-excecao-chamado-redes-sociais>].
73. Couto MB. A duração razoável do processo como direito fundamental no Brasil: mecanismos e alternativas à sua implementação. In: Narciso Leandro Xavier Baez RLNdS, Guido Smorto., editor. Os desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa. Editora Unoesc: 2012; 2012. p. 371-82.
74. Sgarbossa LF, Jensen G. A Emenda Constitucional nº 45/04 e o princípio da celeridade ou brevidade processual. *Revista Jus Navigandi*: 2005; 2005.
75. Nunes MG. Jurimetria aplicada ao direito societário: Um estudo estatístico da dissolução de sociedade no Brasil.: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; 2012.
76. Beraldo MCS. O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo.: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.; 2010.
77. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF 2016.
78. Brasil. Art. 156 - Código de processo civil. Brasília, DF: Secretaria de Editoração e Publicações; 2015.
79. Manzi JE. O juiz e o perito: paralelos e intersecções. *Âmbito Jurídico* [Internet]. 2013.
80. Manzi JE. Senso crítico, senso comum, argumentação jurídica e decisões judiciais. *Revista Jus Navigandi* [Internet]. 2012.
81. BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Base Legislação da Presidência da República 1990.
82. Theodoro F.

_ngcontent-serverapp-c143="" class="titulo" itemprop="headline" itemscope="" style="margin: 5px 0px 0px; padding: 0px; box-sizing: border-box; font-size: 30px; line-height: 30px; font-family: Raleway; background-color: rgb(248, 248, 248);">Inversão do ônus da prova e o CDC UOL 2013 [Available from: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/188019/inversao-do-onus-da-prova-e-o-cdc>].
83. Portero D. A (des)necessidade de autonomização do dano biológico no direito brasileiro. *RJLB*; 2019. p. 377-414.
84. Tartuce F. Manual de Direito Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; 2018. 538 p.

85. Giordano A, Smorlesi A, Frontini A, Barbatelli G, Cinti S. White, brown and pink adipocytes: the extraordinary plasticity of the adipose organ. *Eur J Endocrinol*. 2014;170(5):R159-71.
86. BRASIL. Estatuto OAB - artigo 22 da Lei nº 8.906. 1994.
87. Marques JF. Elementos de direito processual penal Millennium, editor. Campinas, SP2003. 379 p.
88. Oliveira JDCd. Honorários advocatícios de acordo com o novo Código de Processo Civil. *Revista Jus Navigandi* [Internet]. 2018.
89. Tucci J. A definição dos honorários advocatícios de sucumbência pelo STJ. *Boletim de notícias ConJur*: 2019; 2019.
90. Tartuce F. Manual de Direito Civil: Volume Unico 8ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: revista, atualizada e ampliada; 2018. p. 653-58.
91. Pinheiro RdA. Seguro de responsabilidade civil: entenda o que o médico deve saber antes de contratar. *Revista Jus Navigandi*2017.
92. Carvalho RM. Seguro de responsabilidade civil profissional 2019 [Available from: <https://www.migalhas.com.br/depeso/303631/seguro-de-responsabilidade-civil-profissional>].
93. Blasco PG. O humanismo médico: em busca de uma humanização sustentável da Medicina. *RBM rev bras med* [Internet]. 2014; 68.
94. Reisch LM, Carney PA, Oster NV, Weaver DL, Nelson HD, Frederick PD, et al. Medical malpractice concerns and defensive medicine: a nationwide survey of breast pathologists. *Am J Clin Pathol*. 2015;144(6):916-22.
95. Studdert DM, Mello MM, Sage WM, DesRoches CM, Peugh J, Zapert K, et al. Defensive medicine among high-risk specialist physicians in a volatile malpractice environment. *JAMA*. 2005;293(21):2609-17.
96. Vale HMD, Miyazaki MCDOS. Medicina defensiva: uma prática em defesa de quem? *Revista de bioética*: 2019; 2020.
97. Jr.-Cabral Z. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos;Grandes Temas do NCPC. 1 ed. JUSTIÇA ULTIORTAS2017.
98. Mazzei R, Merçon-Vargas S. Comentários aos artigos 165-175. In *Novo Código de Processo Civil anotado e comparado*. In: Figueiredo SDCc, editor. São Paulo: Saraiva2015. p. 203-15.
99. Ribeiro WC. A mediação como meio de resolução de conflitos na área de saúde. *Revista de direito sanitário*2018. p. 62-76.
100. Pinto A, Brunese L. Spectrum of diagnostic errors in radiology. *World J Radiol*. 2010;2(10):377-83.
101. Kass JS, Rose RV. Medical Malpractice Reform--Historical Approaches, Alternative Models, and Communication and Resolution Programs. *AMA J Ethics*. 2016;18(3):299-310.
102. Alexander N. Mediação: Processo e prática em Hong Kong. *LexisNexis Hong Kong*: LexisNexis Hong Kong; 2010.
103. Liebman CB, Hyman CS. A mediation skills model to manage disclosure of errors and adverse events to patients. *Health Aff (Millwood)*. 2004;23(4):22-32.
104. Moore J, Bismark M, Mello MM. Patients' Experiences With Communication-and-Resolution Programs After Medical Injury. *JAMA Intern Med*. 2017;177(11):1595-603.
105. Santos BdS. Para uma revolução democrática da justiça. *Cortez*2007.
106. Armadans I, Aneas A, Soria M, Bosch L. La mediación en el ámbito de la salud. *Medicina Clínica*2009. p. 187-92.

107. CREMESP. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. 2017.
108. Assis Gd. A ação institucional de mediação sanitária: Direito, saúde e cidadania. Anais dos III Congresso Iberoamericano de Direito Sanitário/Anais dos III Congresso Iberoamericano de Direito Sanitário 2013.
109. Claro RFS, Cunha PFSSd. Estratégias de gestão construtiva de conflitos : uma perspectiva dos profissionais de saúde. *Psic., Saúde & Doenças*: 2017; 2017. p. 65-8.
110. Lima BG, Campos F, Lopes CP. Mediação e conciliação de conflitos na área da saúde. *UNISANTA - Law and Social Science*: 2018; 2018. p. 523-33.
111. Amirthalingam K. Medical dispute resolution, patient safety and the doctor-patient relationship. *Singapore Med J*. 2017;58(12):681-4.
112. Szmara SJ, Johnson AM, Mulligan M. Alternative dispute resolution in medical malpractice: A survey of emerging trends and practices. *Conflict Resolution Quarterly* 2008. p. 71-96.
113. Parente EdA. Processo arbitral e sistema: Universidade de São Paulo; 2009.
114. Briguglio A, Fazzalari E, Marengo R. La nuova disciplina dell'arbitrato : commentario. Milano: Giuffrè; 1994.
115. Dinamarco. Instituições de direito processual civil.
116. Carmona CA. 2008. Revista de Processo; Ensaio sobre a sentença arbitral parcial. p. 9.
117. Montoro MAF. Flexibilidade do procedimento arbitral: USP; 2010.
118. Alves RF. A Imparcialidade do árbitro no direito brasileiro 2005. p. 109-26.
119. Carmona C. O Processo arbitral. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação. 2014. p. 133 - 44.
120. Carmona CA. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. *Revista do Advogado*; 1997. p. 17-24.
121. Salles MPda. Efeitos da judicialização da arbitragem. São Paulo: Revista de Arbitragem e Mediação; 2007. p. 37.
122. Brasil. Direitos Indisponíveis. Câmara dos Deputados; 2008.
123. Salles CA. A indisponibilidade e a solução consensual de controvérsias. In: PASTORE, Ana Claudia Ferreira. Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. Brasília: Gazeta Jurídica; 2014.
124. Silva DP. Vocabulário Jurídico. In: Slaibi Filho N, Carvalho G, editors. Rio de Janeiro: Editora Forense 2004. p. 1501.
125. Brasil. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 01/2011 Dispõe sobre a tramitação e as custas dos Procedimentos de Mediação, Conciliação e Arbitragem e de outros atos societários das Sociedades de Advogados. Ordem dos Advogados do Brasil de Minas Gerais: Comissão de arbitragem; 2011.
126. Scavone Junior LA. Manual de Arbitragem. 2 ed. Editora Revista dos Tribunais 2008. p. 317.
127. Botteon L. Arbitragem e direito à saúde: Possibilidade e eficácia de uso do método arbitral para garantir o direito constitucional à saúde. 2013.
128. Guerrero LF. Convenção de arbitragem e processo arbitral. Atlas; 2009. p. 5-11.
129. [Available from: <https://jus.com.br/artigos/641/pacta-sunt-servanda-x-rebus-sic-stantibus>].
130. Watanabe k. Da cognição no processo civil. São Paulo: Rede Virtual de bibliotecas; 2005. p. 111.
131. Cappelletti M. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. São Paulo: Revista de processo; 1994. p. 82-97.
132. Valença Filho CdM, Lee JB. Estudos de arbitragem. Curitiba 2009. p. 285-93.

133. Yarshell F. Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória. Revista de Arbitragem e Mediação 2005. p. 983.
134. BRASIL. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. (Arbitragem) 1996.
135. Braguetta A. Confidencialidade é regra geral na arbitragem. ConJur 2013.
136. Oliveira GJd, Figueiroa CC. Arbitragem é conciliável com os princípios da publicidade e publicidade. Consultor Jurídico [Internet]. 2015. Available from: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-09/arbitragem-conciliavel-transparencia-publicidade>.
137. TJ-SP - AI: 22636397620208260000 SP 2263639-76.2020.8.26.0000, Relator: cesar ciampolini, data de julgamento: 02/03/2021, 1ª câmara reservada de direito empresarial, data de publicação: 02/03/2021).
138. Bello T. Why Arbitration Triumphs Litigation. 2019.
139. Lemes, SMF. A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação; 2017. <http://genjuridico.com.br/2017/11/06/independencia-imparcialidade-arbitro/>
140. Melo, JO. Tribunal nos EUA cobra custos operacionais de condenados; 2014. <https://www.conjur.com.br/2014-mar-31/tribunal-eua-cobra-custos-operacionais-mesmo-reus-assistidos>.
141. (Redação LFG). Diferenças entre a justiça dos EUA e do Brasil; 2018. <https://www.lfg.com.br/conteudos/curiosidades/geral/diferencas-entre-a-justica-dos-eua-e-do-brasil>
142. Lacerda, BA. O julgamento por equidade na Lei 9.307/96 (Arbitragem); 2002. <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/623/O-julgamento-por-equidade-na-Lei-9307-96-Arbitragem>
143. Verçosa, HMD. Arbitragem por equidade: por que temos medo dela? - Breve análise no campo dos contratos incompletos; 2016. <https://www.migalhas.com.br/depeso/239411/arbitragem-por-equidade--por-que-temos-medo-dela---breve-analise-no-campo-dos-contratos-incompletos>.
144. Candemil, AM. A decisão por equidade: equidade e justiça na arbitragem brasileira. Res Severa Verum Gaudium v. 3, n. 2 (2018) www.seer.ufrgs.br/ressevera ISSN 2176-3755
145. Valle MD. Arbitragem por Equidade: comentário à sentença arbitral ad hoc proferida em 26.01.1989. Revista Brasileira de Arbitragem; 2013.
146. Tucci RL. Curso de direito processual civil. São Paulo: Saraiva; 1989. p. 336.
147. Teraoka T. Anotações sobre a distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil, Código de Defesa do Consumidor e Novo Código de Processo Civil.
148. Muniz, JP. Guia politicamente incorreto da arbitragem VIII. arbitragem e provas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/224470/guia-politicamente-incorreto-da-arbitragem-viii-arbitragem-e-provas>
149. Drumond, TC. Arbitragem: os problemas da cláusula compromissória vazia. A mera estipulação genérica de cláusula arbitral não elide a judicialização; 2020. <https://jus.com.br/artigos/85240/arbitragem-os-problemas-da-clausula-compromissoria-vazia>
150. Paschoal M, Barata PPB. Contratos de consumo; 2008. <https://www.migalhas.com.br/depeso/74449/contratos-de-consumo>
151. Caldas, RV e Silva, RK. A arbitragem nas relações de consumo; 2017.
152. Watanabe K; Benjamin, AHV; Fink, DR; *et al.* Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. [S.l: s.n.], 1991
153. Brasil, REsp nº 1189050 / SP (2010/0062200-4) autuado em 29/04/2010.

154. Storch, s. constelação familiar e judiciário: reflexões positivas. carta forense, 2018.
155. Giocoli N. John von Neumann and Oskar Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*. Sixtieth-Anniversary Edition, Princeton University Press ed2004. p. xxxii+741.
156. Reis T. Equilíbrio de Nash: como funciona esse conceito econômico? 2018.
157. Phelps S, Wooldridge M. *Game Theory and Evolution*. IEEE Intelligent Systems2013. p. 76-81.
158. Barrichelo F. O que é o Dilema dos Prisioneiros. 2018.
159. Yarshell FL, Sica HVM. Ideias para o Judiciário brasileiro em tempo de pandemia - parte I. Consultor Jurídico. 2020.
160. Larson D. Medical Malpractice Arbitration: Not Business As Usual. *Arbitration Law Review*2016.
161. Ginsburg J. Federal Arbitration Act — DirecTV, Inc. v. Imburgia THE SUPREME COURT — LEADING CASES HARVARD LAW REVIEW Federal Arbitration Act — DirecTV,. 2016.
162. Court of appeal of the state of california fourth appellate district division three 2013 [Available from: <https://casetext.com/case/law-v-gorny>].
163. Podolsky RV. California Supreme Court 3ed2010.
164. Laizure v. Avante at leesburg I. Supreme Court of Florida. 2013.
165. Metzloff TB. The Unrealized Potential of Malpractice Arbitration. 31 *Wake Forest Law Review* 1996. p. 203-30.
166. DeVille K. The Jury Is Out: Pre-Dispute Binding Arbitration Agreements for Medical Malpractice Claims: Law, Ethics, and Prudence. *The Journal of legal medicine*; 2007.
167. Delgado, JA. Responsabilidade médica na experiência brasileira após constituição federal de 1988; 2005. <https://core.ac.uk/download/pdf/79058393.pdf>
168. Du-Hie H. Breakthrough in medical dispute resolution. 2011.
169. Studdert DM, Mello MM, Gawande AA, Gandhi TK, Kachalia A, Yoon C, et al. Claims, errors, and compensation payments in medical malpractice litigation. *N Engl J Med*. 2006;354(19):2024-33.
170. Office of the indepemt. Administrator annual report of the office of the independent administrator of the kaiser foundation health plan, inc. Mandatory arbitration system for disputes with health plan members 26 2015 [Available from: <http://www.oia-kaiserarb.com/pdfs/2014-Annual-Report.pdf>].
171. Brasil. 2020.
172. <https://setorsaude.com.br/oab-debatera-os-metodos-autocompositivos-aplicados-aos-conflitos-na-area-da-saude/>, 19/03/2021.
173. Veríssimo MP. A Arbitragem de Consumo na Espanha. Disponível em <http://www.arbitragem.com.br/>
174. Andrighi N. Recurso especial Nº 1.753.041 - GO (2018/0171648-9). Superior Tribunal de Justiça2018.
175. Kemp A, Edler FC. A reforma médica no Brasil e nos Estados Unidos: uma comparação entre duas retóricas. Rio de janeiro: Hist. cienc. saude-Manguinhos; 2004.