

AS AÇÕES DE ERRO MÉDICO E A APLICABILIDADE DA LEI DE MEDIAÇÃO (LEI Nº 13.140/15): uma centelha no horizonte do município de Governador Valadares - MG

Teodolina Batista da Silva Cândido Vítório¹

RESUMO

A pós-modernidade tem sido selada por inquietantes fenômenos efêmeros e plurais. Defluem dessa matriz as “*relações líquidas*” pronunciadas pelo filósofo e sociólogo polonês Zygmunt Bauman ao profetizar o confisco do amor e a fatal proliferação de relações osteogênicas na esteira social. O efeito visceral das relações líquidas é de fato inescandível potencialmente nos vínculos afetivos, mas também de forma contundente nas relações laborais. Gritantes são os seus reflexos em diversas categorias profissionais, porém de forma ainda mais indelével vem se revelando no binômio médico-paciente. Esta é a nefasta mensagem exarada das tormentosas ações judiciais decorrentes de erro médico que se multiplicam barbaramente na atualidade. A Organização Mundial da Saúde (OMS), revelou recentemente que o Erro médico já constitui um fenômeno epidêmico, notabilizando-se como um grave problema mundial de saúde pública, que confronta crassamente a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, o Direito precisa responder aos dramáticos desafios éticos, sociais e processuais que este sombrio cenário impõe. É exatamente aqui que reside a justificativa nuclear da presente pesquisa. Afinal, os processos judiciais daí decorrentes são eivados da mais alta complexidade, com inúmeras singularidades. Normalmente arrastam-se por dezenas de anos para alcançar a efetiva prestação jurisprudencial. Aludida morosidade, além de outros fatores, a exemplo do desequilíbrio processual na fase probatória e a insignificância do *quantum* indenizatório, maximizam ainda mais o agudo sofrimento das vítimas. Intentando identificar soluções para este crucial dilema, o presente artigo perquire: “Em que medida as ações de Erro Médico serão impactadas pela Nova Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15) cultuada hoje como instrumento maior de pacificação dos conflitos sociais ante as técnicas dialogadas e não adversariais por ela adotadas?” Percutindo o pensamento de Ronald Dworkin, anseia-se compreender como este novel diploma legal da Mediação pode garantir um outro horizonte, sobretudo no município de Governador Valadares-MG, para as vítimas de erro médico, em seu calvário processual na busca da consagração da justiça como supervalor do Direito e, indubitavelmente, legado maior da humanidade.

PALAVRAS-CHAVE: erro médico; lei de mediação; dignidade; Justiça.

ABSTRACT

Postmodernity has been sealed by disturbing ephemeral and plural phenomena. From this matrix, the "net relations" pronounced by the Polish philosopher and sociologist Zygmunt Bauman in prophesying the confiscation of love and the fatal proliferation of osteogenic relations in the social wake. The visceral effect of net relationships is in fact potentially unreliable in affective bonds, but also in a striking way in labor relations. Screams are their reflexes in several professional categories, but even more indelible has been revealed in the medical-patient binomial. This is the

¹ Professora na Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (FADIVALE). Pós-Doutora em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/7717907490879005>.

nefarious message exarada of the torments as lawsuits arising from medical error that multiply barbarously in the present time. The World Health Organization (WHO) has recently revealed that the Medical Error is already an epidemic phenomenon, becoming a serious global public health problem, which confronts the human person's dignity. Therefore, the Law must respond to the dramatic ethical, social and procedural challenges that this dark scenario imposes. This is exactly where the nuclear justification of this research resides. After all, the resulting legal proceedings are fraught with the highest complexity, with many singularities. They usually drag on for dozens of years to achieve effective case law. Alluded to delays, in addition to other factors, such as procedural imbalance in the evidentiary phase and the insignificance of the indemnity quantum, further maximize the acute suffering of the victims. In order to identify solutions to this crucial dilemma, the present article is concerned with: "To what extent will Medical Error actions be impacted by the New Mediation Law (Law no. 13.140 / 15), which is nowadays used as a major instrument for pacification of social conflicts before dialogues and not adversaries it has adopted? "In pursuing Ronald Dworkin's thinking, he longs to understand how this novel legal diploma of Mediation can guarantee another horizon, mostly in the city of Governador Valadares - MG, for the victims of medical error in their ordeal in the quest for the consecration of justice as supravalue of Right and, undoubtedly, the greatest legacy of humanity.

KEYWORDS: medical error; law of mediation; dignity; Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 RONALD DWORKIN E A METÁFORA DO “JUIZ HÉRCULES” NAS AÇÕES DE ERRO MÉDICO: a leitura moral da constituição, o princípio da integridade e o *chainnovel*. 3 O ERRO MÉDICO E O METAPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: de Immanuel Kant ao estado democrático de direito. 4 A NOVA LEI DE MEDIAÇÃO (LEI Nº 13.140/15) E SEUS IMPACTOS NAS AÇÕES DE ERRO MÉDICO. 4.1 URGÊNCIAS E EMERGÊNCIAS PROCESSUAIS. 4.2 NO HORIZONTE DA LEI DE MEDIAÇÃO. 4.3 O DIREITO COMPARADO E A ADOÇÃO DE ADR's NAS QUESTÕES DE ERRO MÉDICO. 4.4 A MEDIAÇÃO EM AÇÕES DE ERRO MÉDICO NA COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES -MG: ensaios primevos. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A pós-modernidade tem sido selada por inquietantes fenômenos efêmeros e plurais.

Defluem dessa matriz as “relações líquidas” pronunciadas pelo filósofo e sociólogo polonês Zygmunt Bauman ao profetizar o confisco do amor e a fatal proliferação de relações osteogênicas na esteira social.

O efeito visceral das relações líquidas é de fato inescandível potencialmente nos vínculos afetivos, mas também de forma contundente nas relações laborais.

Gritantes são os seus reflexos em diversas categorias profissionais, porém de forma ainda mais indelével vem se revelando no binômio médico-paciente.

Esta é a nefasta mensagem exarada das tormentosas ações judiciais decorrentes de erro médico que se multiplicam barbaramente na atualidade.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), revelou recentemente que o Erro médico já constitui um fenômeno epidêmico, notabilizando-se como um grave problema mundial de saúde pública, que confronta crassamente a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, o Direito precisa responder aos dramáticos desafios éticos, sociais e processuais que este sombrio cenário impõe. É exatamente aqui que reside a justificativa nuclear da presente pesquisa.

Afinal, os processos judiciais daí decorrentes são eivados da mais alta complexidade, com inúmeras singularidades. Normalmente arrastam-se por dezenas de anos para alcançar a efetiva prestação jurisprudencial. Aludida morosidade, além de outros fatores, a exemplo do desequilíbrio processual na fase probatória e a insignificância do *quantum* indenizatório, maximizam ainda mais o agudo sofrimento das vítimas.

Intentando identificar soluções para este crucial dilema, o presente artigo perquire: “Em que medida as ações de Erro Médico serão impactadas pela Nova Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15) cultuada hoje como instrumento maior de pacificação dos conflitos sociais ante as técnicas dialogadas e não adversariais por ela adotadas?”

Destarte perscrutando o pensamento de Ronald Dworkin anseia-se compreender como este novel diploma legal pode abrir horizontes para os dramáticos desafios enfrentados pelas vítimas de erro médico em seu calvário processual na busca da consagração da justiça como supervalor do Direito e, indubitavelmente, legado maior da humanidade².

No que tange à “metodologia”, adotou-se, neste estudo, a vertente intitulada “*jurídico-teórica*”, mais inerente à “esfera da filosofia do Direito e às áreas teórico-gerais dos demais campos jurídicos” (GUSTIN e DIAS, 2006, p. 22).

² Este trabalho contém citações parciais de pesquisa científica da mesma autora intitulada: “O Erro Médico e o Fenômeno da (Pluri)vitimização da Dignidade da Pessoa Humana nos Tribunais Brasileiros e sua interface com o Direito Italiano” (*L' Errore Medico e il Fenomeno della (multi) vittimizzazione della Dignita' della Persona Umananei Tribunali del Brasile e la loro interfaccia con il Diritto Italiano*), que foi defendida no Pós-Doutorado em Direito na Università Studi di Messina/ Itália, na área de concentração “Direito da Saúde” e na linha de pesquisa “*La Tutela del Diritto alla salut e tradiritto europeo e latino-americano*”.

Quanto ao “tipo”, ele se classifica como “jurídico-exploratório”, enfatizando, em sua “abordagem preliminar, um problema jurídico. Ressaltando características, percepções e descrições sem se preocupar com suas razões explicativas, ele abre caminho a investigações mais profundas ou hipóteses mais precisas” (GUSTIN e DIAS, 2006, p. 28).

Sua “natureza doutrinária” se encontra latente na abordagem crítico-científica das correntes jurídicas de caráter multifacetárias que fomentam o presente debate entrecruzando-se na esfera do direito com suas antinomias e idiosincrasias concernentes às ações de erro médico e os impactos da mediação como manancial de promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

2 RONALD DWORKIN E A METÁFORA DO “JUIZ HÉRCULES” NAS AÇÕES DE ERRO MÉDICO: a leitura moral da constituição, o princípio da integridade e o *chain novel*.

Como é cediço, o ideal de consolidação da democracia num país precisa passar também pelas fronteiras do seu Judiciário, o qual, como é cediço, por meio da justa composição dos conflitos, pode, sim, reconstruir os marcos históricos de seu povo ou retrocedê-los, se inobservada a justiça, a ética e o humanismo na arquitetura de seus julgados.

Lamentavelmente em seus pronunciamentos e veredictos proferidos nas ações que investigam o erro médico, os magistrados nem sempre contribuem efetivamente para a intimidação desta prática vil que depõe brutalmente contra a consolidação do Estado Democrático.

Sendo assim, na busca de um novo horizonte, perquire-se neste trabalho, qual será o impacto da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) nas ações de erro médico.

Emergem desta investigação as tão sofridas vozes das vítimas, vozes que há muito tem ecoado na consciência moral dos tribunais pátrios em busca de igual consideração, dignidade e respeito.

Nesse giro, o erro médico deve ser compreendido como a falha resultante do descumprimento de dever profissional do médico, seja contratual ou extracontratual, cujos reflexos violam direitos das pessoas em suas múltiplas dimensões, devendo o

seu agente responder nas esferas do direito civil, penal, administrativo e ético-profissional.

Essa conduta desviante pode consumir-se de plúrimas formas: erro de diagnóstico, de cirurgia, de pós-operatório e de tratamento, tal como perscruta Moraes (2003).

Sendo assim, é ponto pacífico que o “[...] o médico deve esclarecer o seu paciente sobre a sua doença, prescrições a seguir, riscos possíveis, cuidados com o seu tratamento, aconselhando a ele e a seus familiares sobre as precauções essenciais requeridas pelo seu estado”. (JURANDIR, 2003, p. 88).

Para lograr eficácia em seus pronunciamentos nas ações que perquirem a *mala praxis* médica, torna-se imperioso que o Judiciário passe por uma metamorfose filosófica, política e estrutural. Imprescindível abdicar-se do passivismo e renunciar ao *status* de reles aplicador da lei, assumindo o *lócus* de potencial agente de “interpretação das normas constitucionais”, tencionando torná-las efetivas na promoção dos direitos fundamentais e das urgentes transformações sociais proclamadas pela democracia.

A relevância desse ciclo interpretativo se encontra corroborada na lição de Souza (2006), em sua dissertação intitulada “*O Labirinto e o Fio de Ariadne: a proposta de Dworkin para o entendimento do Direito e sua aplicação nas democracias constitucionais*”, includentemente nas lides que debatem a *malapaxis* médica como *hard case*:

Em uma das mais instigantes histórias da mitologia grega, encontramos a figura de Teseu: o jovem herói ateniense, disposto a enfrentar o desafio do Minotauro, que vivia dentro de um labirinto. Foi o único entre os heróis a conseguir tal feito e depois encontrar uma saída. E ele o fez, conta a mitologia, por estar guiado por um novelo que o conduziu desde a entrada até a saída, um fio que ele foi desenrolando dentro do labirinto, o fio de Ariadne.

Não há como sairmos de um labirinto se não encontrarmos uma forma de reconhecer suas tramas, suas encruzilhadas, suas armadilhas, sem termos um fio que nos conduza por seus trajetos tortuosos.

Entendemos que uma Teoria de Direito tem a função de fio condutor para que se revele ao nosso entendimento o próprio objeto de estudo desta ciência.

[...]

O Direito que foi interpretado e aplicado é o Direito vivo, entendido não como algo isolado, algo em si mesmo, alijado da realidade social à qual se destina. Assim, entendemos que o Direito fora do “mundo da vida”, fora do seu contexto de “ciência social aplicada” não é nada: é como uma criação sem o sopro de vida. (SOUZA, 2006, p. 9-10, grifo nosso).

Dworkin assevera que na busca de um sistema que mereça ser considerado verdadeiramente justo, deve o judiciário aplicar irrestritamente o “*Princípio da integridade*” que busca traduzir uma construção interpretativa, una e coerente do direito, coadunantes com a igualdade, a dignidade e a liberdade, dentre outros direitos fundamentais, amortecendo assim o rigor excessivo da lei que emudece o cidadão e cala seus ideais:

O modelo do direito como “princípio da integridade”

Vivemos na lei e segundo o direito.

Ele fez de nós o que somos: cidadãos, empregados, médicos, cônjuges e proprietários. É espada, escudo e ameaça.

Lutamos por nosso salário, recusamo-nos a pagar o aluguel, somos obrigados a pagar nossas multas ou mandados para a cadeia, tudo em nome do que foi estabelecido por nosso soberano abstrato e etéreo, o direito.

Somos súditos do império do direito, vassalos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos, portanto, fazer.

A lei sussurra sua ordem muito baixinho, para ser ouvida com nitidez.

O raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, e o direito faz de nossas práticas jurídicas as melhores possíveis.

Como pode a lei comandar quando os testes jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos? (DWORKIN, in “O império do Direito – Prefácio, 2014, grifo nosso)

Dworkin encontra na “integridade” uma *conditio sine qua non* do Estado de direito, que mais se evidencia na prática jurídica. Sua intimidade com a “justiça” decorre do fato de esta, como virtude política, corresponder à correta distribuição dos recursos materiais e sociais entre as pessoas. Assim, guarda afinidade com as deliberações finais tomadas pelas instâncias políticas que representam a comunidade.

Na verdade, o princípio da “integridade” de Dworkin, conjugado com sua proposta da “interpretação construtiva”, busca minimizar as inquietações oferecidas pela doutrina, diante do problema da “figura do juiz neófito”, que até detém vocação e apresenta-se intelectualmente reconhecido, mas sucumbe-se ao defrontar, no palco jurídico, “com situações para as quais o bacharelado ou o concurso não preparam, criando-se a figura do juiz arraigado ao espírito de casta, isolado

intencionalmente, digno por omissão, burocrata da verdade formal ou mero estafeta da Justiça”. (NALINI, 1991, p. 159-172)

Enfim, vale ressaltar que a “coerência” exigida pela tese da “integridade”, requer muito além do que a inócua aplicação mecânica das leis, que podem ser pensadas como decisões políticas pretéritas. Impõe seu equilíbrio pela justiça e equidade, “construindo” e não somente “encontrando” a solução adequada, inovando sempre o direito vigente. Essa dinâmica exegética tem por finalidade maior evitar que, entre os cidadãos de uma comunidade, alguém seja excluído ou tenha seus direitos sacrificados “ [...] *como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total*” (DWORKIN, 2003, p. 257, grifo nosso). Esse cenário se cristaliza quando, ao prolatarem suas decisões, os julgadores adotam seus próprios convencimentos com pretensões das mais elevadas moralmente, entretanto, desprezando a cartilha política da comunidade onde ocorreram os fatos colocados em pauta.

Partindo dessa premissa hermenêutica, Dworkin idealizou o *chain novel* (romance em cadeia), com ênfase na interpretação literária na qual o leitor busca conferir ao texto um sentido, em vez de empreender esforços para descobrir a intenção de quem o escreveu. Trata-se de uma técnica que habilita o crítico a manter-se em contínua evolução, circunstância esta que se coaduna com a realidade do Direito, que passa sempre por uma nova dinâmica a cada fase histórica experimentada por um povo.

Essa metáfora do romance em cadeia possibilita a integração do sentido dos capítulos precedentes, contribuindo para uma definição e melhor construção do texto, permitindo que o hermeneuta busque a interpretação que lhe aparente melhor e mais segura “*pondo à prova a decisão dada, a fim de verificar se esta decisão faz parte da estrutura política da comunidade, e se ela coerentemente justifica o sistema como um todo*”. (DELATORRE, 2008, p. 68, grifo nosso)

Nessa dinâmica, o primeiro autor elabora o capítulo inaugural da lei possuindo liberdade ampla para estabelecer seu perfil pessoal, por encontrar-se no preâmbulo do texto. Define os protagonistas de maior expressão, bem como, de forma preliminar e de certa forma privilegiada, direciona a trama. O segundo dá prosseguimento ao trabalho como mentor maior do próximo capítulo. Deste, esperam-se inovações, outros desafios, a apresentação de novos personagens e, com seu estilo próprio, adequações no enredo, desenvolvendo o cenário de forma

autêntica e até mesmo imprevisível. A partir de então, a liberdade para criar existe, mas não de forma tão ampla. Assim se preservará o caráter uníssono da obra, em que pese a pluralidade de autores.

Esse tecer democrático e cooperativo dos veredictos, favorece a compreensão e a consolidação da Leitura Moral da Constituição e a Metáfora do Juiz Hércules, que se consolidam “na medida em que esses valores são encarados não como simples arranjos políticos institucionais, mas sim como dimensões morais do cidadão a serem implementadas na sociedade política”. (BARRETO, 2006, p. 6)

A doutrina jurídica que recomenda a “leitura moral” da Constituição guarda estreito vínculo com os conceitos nodais de democracia: “um regime político que se fundamenta em valores morais da pessoa humana. [...] Trata-se de considerar os valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade como princípios fundantes da ordem jurídica” (BARRETO, 2006, p. 6).

Essa cultura de solidariedade proporciona a inclusão dos cidadãos na sociedade, sobretudo por meio de sua real participação e defesa de seus interesses nas decisões coletivas frente as quais preservam sua autonomia individual. Trata-se de uma filosofia que traduz o ideal de comunidade democrática incorporado por Dworkin, quando preconiza que “*uma sociedade na qual a maioria despreza as necessidades e pretensões de alguma minoria, é ilegítima e injusta*” (DWORKIN, 1996, p. 25, grifo nosso).

3 O ERRO MÉDICO E O METAPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: de Immanuel Kant ao estado democrático de direito.

Indubitavelmente, estreita é a relação existente entre o erro médico e a inequívoca violação do metaprincípio da dignidade da pessoa humana. Esta assertiva deflui do fato de que, quando as vítimas são submetidas às irreparáveis lesões que uma *mala praxis* produz, são atingidas visceralmente em seus mais consagrados direitos da personalidade constitucionalmente garantidos. Estes, constituem emblemas históricos dos direitos fundamentais consolidados desde os tempos mais remotos, já decantados na *Magna Charta Libertatum* (1215) e na *Bill of Rights* (1689), ambas na Inglaterra, *Declaration des Droits del’Homme et du Citouen* de 1.789, na França; na *Bill of Rights* dos Estados Unidos da América, de 1789; na Declaração Universal dos Direitos Humanos (Paris, 1948), na Convenção Europeia

dos Direitos Humanos (1950), e nos incontáveis tratados internacionais de direitos humanos que refletiram seus luminares sobre a Constituição Federal Brasileira de 1988 e sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos PNDH-3 (Decreto nº 7.037, de 21 de Dezembro de 2009 atualizado pelo Decreto nº 7.177, de 12 de Maio de 2010).

A proteção da pessoa humana, é considerada o postulado determinante das mais inéditas transformações históricas e da consciência moral da sociedade contemporânea, perpassando agudamente pelo imprescindível “dever de cuidado” nas relações sociais, notadamente no vínculo médico-paciente. Sob esse aspecto, cristaliza-se a lição da “*ética del cuidado*” como categoria da ética fundamental:

En general, concibe al cuidado como un tipo de actitud y actividad modelada por el reconocimiento de la conexión y la relación que existe entre las personas. Implica la aceptación de un conjunto de valores y de un tipo específico de tarea moral que incorpora a los otros “particulares y concretos” como fundamentales en la reflexión ética.

La ética del cuidado subraya la importancia de tres elementos diferentes que requieren de capacidades específicas: la atención, la responsabilidad y la receptividad. Por ello, para este pensamiento, el razonamiento moral requiere e del entrecruzamiento con lo afectivo, lo cognitivo y lo racional. Emociones como la empatía, la sensibilidad y el interés por otros son consideradas morales y por ello deben ser cultivadas [...] (AIZENBERG e CIRUZZI, 2014, p.137).³

A dignidade humana, conectada ao dever ético de cuidado e consagrada no art. 1º, III da CF/88, é inerente a todas as pessoas pelo só fato de deter a condição humana, independentemente dos atributos individuais de cada um. A proteção à sua intimidade, privacidade, honra e imagem é o corolário maior deste princípio tutelado no art. 5º, V e X da CF e, por conseguinte, em diversos outros diplomas infraconstitucionais, a exemplo do art. 186 c/c 927 do *Codex Civile*, o art. 6º VI e VI do Código Consumerista (Lei 8078/90), o Estatuto da Criança e do adolescente-ECA

³ Em geral, o cuidado é concebido como um tipo de atitude e atividade modelada pelo reconhecimento da conexão e relação que existe entre as pessoas. Implica a aceitação de um conjunto de valores e de um tipo específico de tarefa moral que incorpora aos outros “particulares e concretos” como fundamentais na reflexão ética.

A ética do cuidado destaca a importância de três elementos diferentes que requerem capacidades específicas: a atenção, a responsabilidade e a receptividade. Por ela para este pensamento, o raciocínio moral requer o entrecruzamento com o afetivo, o cognitivo e o racional. Emoções como a empatia, a sensibilidade e o interesse por outros são consideradas morais e por isso devem ser cultivadas [...].

(Lei 8.069/90) em seu art. 17 c/c 201, V, VIII, e IX, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), em seu art. 2º, além da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), em seu art. 3º, dentre outros.

Ocorre porém, que bem além do seu conceito, a dignidade deve ser assimilada a partir de seu sentido teleológico, a saber, a “proteção das pessoas como um fim em si mesma e não como um meio.”

Decorre dessa reflexão a tese de que a pessoa não deve ser compreendida como um objeto, uma vez que a matéria é apenas um atributo da pessoa e possui sim proteção jurídica, mas não traduz a sua essência.

Nesse diapasão soa oportuno reiterar que o berço do conceito de dignidade da pessoa humana reside na filosofia kantiana, notadamente na “Fundamentação Metafísica dos Costumes” (1785).

Na maestria de Kant, ninguém deve ser transformado em instrumento para a ação de outrem, para atender seus próprios fins:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. 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 equivalente, então tem ela uma dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto e não um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade (KANT, 1980, p. 42).

Esta filosofia, traduz “que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor [...] exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferimos).” (SARLET, 2006, p. 241).

Corroborando este pensamento, destaque-se:

Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. [...] Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundametai, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à Justiça. (BARCELLOS, 2002, p. 305).

Resgatando o pensamento Kantiano, extrai-se *que a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço*, que não possa ser substituído por um correspondente.

Nesse ensaio, Reale (2015, p.220, grifo nosso) destaca que a pessoa humana é o valor-fonte de todos os valores: "Kant dizia – "Sê uma pessoa e respeita os demais como pessoas – dando ao mandamento a força de um imperativo categórico, de máxima fundamental de sua Ética, estava reconhecendo na pessoa o valor por excelência".

Inspirado nesta lição, aduz-se que inexiste falar em dignidade da pessoa humana "se isso não se materializa em suas próprias condições de vida. Como falar da dignidade *sem a saúde*, ao trabalho, enfim sem o direito de participar da vida em sociedade com um mínimo de condições". (BRITO FILHO, 2017).

Trata-se de inquietação de capital relevo para a compreensão e verticalização do tema ora em comento, haja vista que o Erro Médico resulta da violação do direito fundamental à saúde que conduz à mutilação do corpo e da alma, além da mitigação da própria vida, na maioria dos casos, restando sepultada cruelmente a dignidade da pessoa humana das incontáveis vítimas mundialmente sacrificadas, num ritmo inegavelmente epidêmico.

Porém, uma voz que clama no deserto tem anunciado que este histórico "*sacrifício da vida e da dignidade das pessoas nos corredores e leitos hospitalares*" tem sido gravemente endossado pelas Cortes e tribunais os quais, em certos julgados, voluntária ou involuntariamente, consagram a impunidade por meio de veredictos injustos e imorais que inequivocamente estimulam a proliferação desta chaga social que urge ser dizimada.

A nova Lei de Mediação pode estar a sinalizar promissores horizontes para a solução desse nefasto dilema consoante desvelam as novas abordagens adiante transcritas.

4 A LEI DE MEDIAÇÃO (LEI Nº 13.140/15) E SEUS IMPACTOS NAS AÇÕES DE ERRO MÉDICO

4.1 URGÊNCIAS E EMERGÊNCIAS PROCESSUAIS

O Erro médico mata mais que câncer e doenças cardiovasculares no Brasil, destacando-se dentre as primeiras e maiores causas de óbito no país, ganhando contornos de comprovada epidemia em dimensões tanto nacional quanto mundial.

Esta tormentosa verdade foi desvelada pela pesquisa publicada em 2016 pelos professores Couto, Pedrosa e Rosa da universidade Federal de Minas Gerais UFMG e pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS).

Em números precisos, aludida pesquisa registra que em 2015 houve no Brasil em torno de 434.112 óbitos decorrentes de erro médico (COUTO, 2016, p. 16).

A irrazoabilidade deste número é visivelmente percebida. Confirma-se ao aferir-se do pelo aludido trabalho científico que em 2013, no Brasil, somente foram inferiores ao erro médico as mortes advindas de doenças cardiovasculares, em média 339.672 e as decorrentes de câncer, que totalizaram 196.954, os quais também, por sua vez, são por demais alarmantes.

Ainda nesta esteira, ressalte-se que nos EUA a quantidade de óbitos por erro médico é igualmente gritante. Chegam na realidade a 400.000 por ano, estando atrás somente das mortes por doenças cardiovasculares e câncer (MAKARY, 2016).

Nos Estados Unidos, o número de pacientes mortos por ano em razão de erros médicos totalmente previsíveis equivale à queda de 5 aviões por semana e representa a quinta maior causa de mortes no país, consoante comentário de Makary (2012) na contracapa de sua obra UNACCOUNTABLE:

In Unaccountable, you will learn about: DANGEROUS CARE. Medical mistakes are the fifth leading causa of death in the United States. The number of patients killed by preventable medical erros every year is equivalente to four jumbo jets crashing every week.

Acrescente-se outrossim, que na prefalada pesquisa é salientado que o fenômeno epidêmico do erro médico na esfera mundial tem ocupado o alto da agenda de prioridades da OMS e dos órgãos governamentais, *verbis*:

No mundo ocorrem 421 milhões de internações hospitalares anuais e ocorrem 42,7 milhões de eventos adversos o que tem determinado a mobilização de órgãos governamentais e não governamentais para o controle e prevenção. Os eventos adversos assistenciais se constituem em

um problema de saúde pública, reconhecido pela OMS. (MAKARY; DANIEL, 2016, p.5)⁴

O reflexo deste cenário de horror vem gerando nas pessoas uma imagem confusa e ambígua da figura e da função dos hospitais, tal como aponta LaForgia (2009, p. 1, grifo nosso), *verbis*:

Os hospitais têm uma relação ambivalente com a sociedade brasileira. São ao mesmo tempo **objeto de admiração e de desconfiança; venerados, mas temidos**. Para médicos especialistas, são o ambiente onde ocorrem revoluções no tratamento, inovação tecnológica e avanços científicos. Para os Profissionais da saúde pública, representam uma espécie de **império do mal**, que privilegia a medicina de alta tecnologia e consome grandes quantidades de recursos, mas contribui pouco para a saúde da população.[...]

Naturalmente que a *mala praxismédica* tem contribuído para o frenético aumento dos 102 milhões de processos em curso atualmente no Brasil – cujo maior impacto é a morosidade excessiva na entrega da prestação jurisdicional (CNJ, 2016).

A essa demora irrazoável, some-se também, conforme dito alhures, outros dois dilemas determinantes nas ações de Indenização por Erro Médico: O (des)equilíbrio processual, notadamente na fase probatória e o mero simbolismo do *quantum* fixado pelo Judiciário.

Esses aspectos viscerais que urgem ser superados, culminam em julgamentos majoritariamente de improcedência ou de procedência meramente parcial das ações judiciais propostas, endossando a impunidade e desprezando em absoluto a moral constitucional preconizada por Ronald Dworkin à luz do que noticia o capítulo terceiro deste ensaio.

É o que corrobora a pesquisa quantitativa desenvolvida por Garfinkel junto à Fundação Getúlio Vargas, ao analisar veredictos proferidos em 910 processos no

⁴ Em “Incontáveis” você aprenderá sobre cuidados perigosos. O erro médico é a quinta causa de morte nos EUA. O número de pacientes mortos em razão de erros médicos que poderiam ser evitados é equivalente a quatro acidentes de avião por colisão a cada semana.

período de janeiro de 2003 a dezembro de 2007 no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, traduzida nos seguintes dados:

4.5 MODALIDADE DE ATIVIDADE MÉDICA E RESULTADO DA AÇÃO

A maioria dos casos de erro de diagnóstico teve julgamento desfavorável ao autor (41,8%). Somados os resultados parcialmente favoráveis (34,2%) com os favoráveis (22,8%), obteve-se o total de 57%. Nos casos de erro médico por prognóstico, em metade dos casos o resultado foi desfavorável e na outra metade parcialmente favorável. Nos casos de erro médico por cirurgia, a maioria teve resultado desfavorável (47,8%) seguida pelo resultado parcialmente favorável (38,8%). Somados os resultados de alguma forma favoráveis ao autor, eles equivalem a 50%. As ações por erro médico em relação ao período pós-operatório tiveram em sua maioria resultado desfavorável (50%). Somados os resultados parcialmente favoráveis (39,3%) e favoráveis (10,7%), chegou-se ao percentual de 50%. As ações com origem no erro no tratamento tiveram em sua maioria resultado desfavorável (57,1%). Somados os resultados favoráveis (21,4%) e parcialmente favoráveis (21,4%), eles equivalem a 42,8%. (GARFINKEL, 2007, p.8)

Se esta é a realidade no Estado de São Paulo, verifica-se que nos últimos 5 anos no Estado do Mato Grosso as ações judiciais fundadas em imputações de erro médico aumentaram 300% (trezentos por cento), principalmente nas especialidades de obstetrícia (33%), traumas de ortopedia (13%), além de cirurgias gerais (10%) e plásticas (9%).

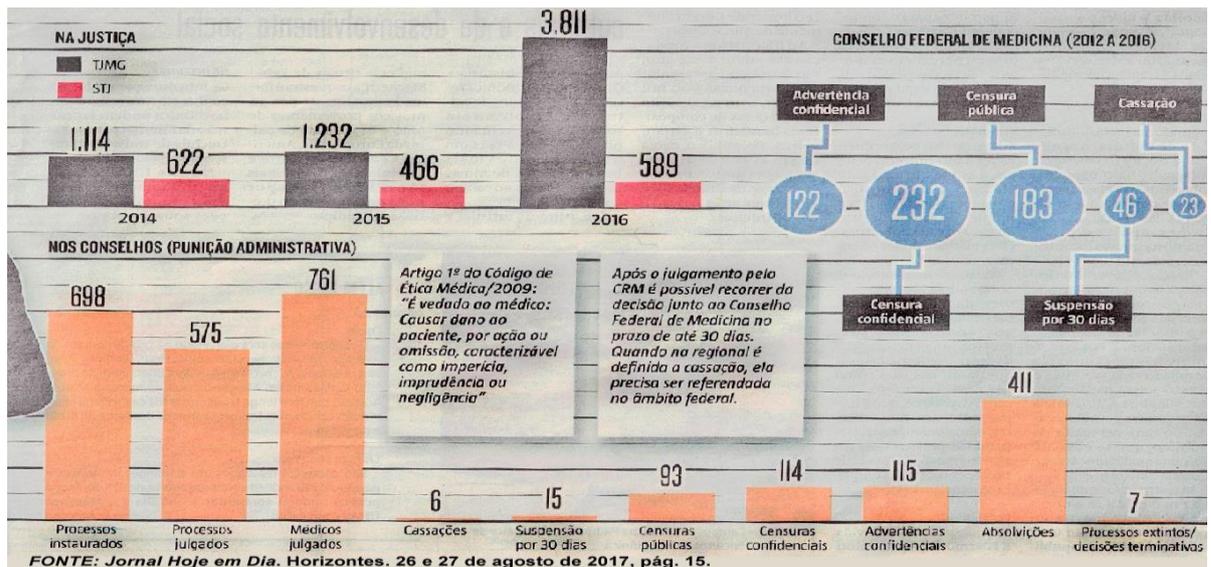
A estas estatísticas, some-se outrossim, a conclusão de Couto (2009) quando revela que 85% (oitenta e cinco por cento) desses casos são considerados improcedentes.

Por conseguinte, trata-se de realidade que está a exigir medidas urgentes e pontuais em homenagem ao Direito e à Justiça que não coadunam com a débil ideia de um mero simbolismo dos direitos e garantias fundamentais agredidos contundentemente nos dramáticos incidentes desta natureza que insistem em se multiplicar.

Nesta mesma esteira, verifica-se que na esfera administrativa, ante o império do corporativismo, a impunidade também tem prevalecido no que tange aos julgamentos prolatados pelo Conselho Federal de Medicina e pelos Conselhos Regionais, inclusive no Estado de Minas Gerais, no qual 54% dos médicos submetidos a processo ético-profissional no período de 2012 a 2016 foram

absolvidos, não lhes tendo sido imputadas nenhuma das cinco punições instituídas pelo Código de Ética Médica.

A Figura 1 revela em números esta realidade no TJMG, no STJ, no Conselho Federal de Medicina e nos Conselhos Regionais no referido período.



Fonte: Jornal Hoje em Dia, 26 e 27 de agosto de 2017.

Figura 1 - Processo ético-profissional no período de 2012 a 2016.

Destarte, considera-se que nesse contexto, é indubitável a premência de superação das tamanhas vulnerabilidades susodescritas, que obstam gravemente a real efetivação da Justiça, valor supremo do direito, nos processos judiciais alusivos às ações de erro médico.

4.2 NO HORIZONTE DA LEI DE MEDIAÇÃO

O advento da Lei n. 13.140/2015, chancelada como a "Lei de Mediação", exsurge no atual horizonte jurídico como uma das possíveis respostas ao inadiável anseio de concreção da justiça nas ações de erro médico, por tratar-se de um sistema "multiportas", o qual busca identificar ou desenvolver "soluções consensuais para a controvérsia" (art. 1º, Parágrafo único).

Consagrado como *Resolution Alternative Dispute (ADR)*, pauta-se na humanização do sistema e na maior promoção da cidadania ao garantir, com muito

maior eficácia, o direito fundamental de acesso à justiça, rompendo com a Cultura do Litígio (“demandista”, “da sentença”) e adotando-se doravante uma Cultura da Paz, tal como expõe Tartuce (2016), em sintonia com outros renomados pensadores, destacando-se Bacellar (2016), Parkinson (2016) e Almeida (2016).

Nesse panorama vale destacar que notabilizou-se como um festivo avanço o ato do Conselho Nacional de Justiça ao promover a Recomendação n. 43, de 20 de agosto de 2013, que instituiu junto aos Tribunais Regionais Federais, Varas Especializadas para o julgamento de processos cujas matérias sejam correlatas à saúde pública e à saúde suplementar.

Queiroz (2013), também debateu com precisão este dilema em seu Mestrado em Direito defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Norte, intitulada “A mediação como instrumento de concretização do direito fundamental à saúde: uma alternativa à judicialização de conflitos”, a qual também pautou-se na Resolução nº 125/2010 do CNJ.

Destaca nas páginas 150-162 a potencial eficácia na solução das demandas desta natureza por meio da mediação, tanto judicial quanto extrajudicial, pelo Comitê Interinstitucional de Demandas da Saúde (CIRADS), resultante de um acordo de Cooperação Técnica celebrado entre a Procuradoria da União no Estado do Rio Grande do Norte – PU/RN, Secretaria Estadual, Município e outros órgãos de interesse, modelo esse que naturalmente pode ser adotado por outros segmentos públicos e privados atuantes nesta área de interesse.

Nessa esteira, ganham relevo as Câmaras de Mediação tanto públicas quanto privadas, que encontram-se em eclosão nas esferas multifacetárias do direito, ao comando do art.168 do NCPC, a exemplo da Câmara de Mediação no Direito da Saúde – CAMEDS, que tem obtido consideráveis resultados na autocomposição dos conflitos, em Imperatriz/Maranhão, a qual resulta de uma parceria com os entes prestadores do serviço público de saúde (Município, Estado, Hospitais Federais e OAB).

Louvando iniciativas tais como essa, pautadas em soluções pro-ativas na gestão dos conflitos sociojurídicos atinentes à saúde, Schulze (2016), lança luzes sobre a conciliação e a mediação, identificando-as como o “Porto Seguro” para aqueles que antes somente vislumbravam como horizonte a judicialização de seus direitos, arrastando-se pelos escombros de um sistema moroso e fadado aos desmandos de um destino nem sempre justo e muito menos eficaz.

Referido jurista resgata a proposta do Enunciado n.24 aprovado na I Jornada de Direito à Saúde do Conselho Nacional da Justiça, em maio de 2014, o qual debateu e legitimou a solução extrajudicial dos litígios em saúde por intermédio de juntas multiprofissionais e via Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (CEJUCS) (art.165 do NCPC).

O Ministério Público, por sua vez, em Minas Gerais e em outros Estados, semelhantemente, vem adotando a mediação aplicando-a no âmbito do Direito de Família, bem como na esfera do Direito da Saúde (Mediação Sanitária), buscando estabelecer um diálogo entre estes mundos que, então vencem os seus antagonismos tornando-se convergentes em homenagem à justiça, à democracia e à cidadania.

Esta “Mediação Sanitária” implementada pelo órgão ministerial, tem como prioridade a mediação extrajudicial, mas estende-se também à judicial e está instalada no Fórum da Justiça Federal. É integralmente gratuita e idealiza um atendimento preferencialmente virtual, inclusive por *WhatsApp*.

4.3 O DIREITO COMPARADO E A ADOÇÃO DE ADR's NAS QUESTÕES DE ERRO MÉDICO

No Direito Comparado, saliente-se que em Portugal, a Lei n. 29/2013 consagrou a Mediação que tem se mostrado potencialmente produtiva na esfera da saúde, viabilizando o “diálogo entre múltiplas partes envolvidas: pacientes, famílias, médicos, assistentes, técnicos, companhias, seguradoras, prestadoras de serviços, dentre outros como é o caso do hospital” (NASCIMENTO, 2016, p. 201).

In casu, é hercúleo o empenho dos mediadores, considerando que, neste diálogo são diversas e polarizadas as linguagens que devem ser colocadas em sintonia para consumação do consenso e “construção de soluções que, para além da situação resolvam definitivamente o problema” (NASCIMENTO, 2016).

Nesse diapasão torna-se determinante que as competências comunicativas adequadas sejam adotadas proporcionando um discurso conciliatório que estimule a compreensão recíproca do conflito e o desejo de resolvê-lo pacificamente (CNJ, 2016, p. 95):

- a) Médicos; Staff: linguagem ética e técnica;
- b) Famílias, Pacientes; Acompanhantes: linguagem emocional;
- c) Empresas; Operadoras, Seguradoras: linguagem financeira.

Aludidas experiências vem revelando que provavelmente que o erro médico fragiliza e estabelece instabilidades para todos os sujeitos envolvidos em seus trágicos incidentes, restando evidente que:

- a) Ambos sofrem emoções após uma situação;
- b) Pacientes necessitam de apoio emocional e desculpas do profissional;
- c) Profissionais querem se desculpar, mas temem consequências da admissão legal de culpa;
- d) Revelação de erro e pedido de desculpas frequentemente diminuem emoções negativas e resultam em desistência de acionar o judiciário ou arbitragem;
- e) Revelação de erro que não cause danos aumenta o nível de confiança na relação.

Ante tais constatações, em Portugal foram implementados em 2016 o **Centro de Mediação de Litígios Médicos e a Comissão de Perícia do Erro Médico**. Com esse avanço, ANDREIA SOFIA SILVA, jornalista naquele país, assevera que houve também a obrigatoriedade dos médicos de portarem seguro cujos valores transitam entre 500 mil a 20 milhões de patacas⁵. Das soluções encontradas nos processos ou conflitos submetidos a essa comissão, não cabe recurso, ante o seu caráter eminentemente voluntário.

No entanto, se alguns(as) dos(as) interessados(as) se sentir inseguro(as) com a solução conferida ao conflito, poderá questionar a Comissão.

A perícia deverá ser concluída em 90 dias no máximo para evitar a morosidade e seus nefastos impactos já experimentados no modelo jurisdicional da heterocomposição de conflitos, no qual, em média, as ações de indenizações se arrastam entre 10 e 15 anos até o efetivo cumprimento da sentença, podendo esse prazo ser bem maior quando no processo figurar o poder público no polo passivo, haja vista que nesse caso incorrer-se-á na *Odisséia dos Precatórios*.

A eficiência e a Cultura da Paz primadas nesse Centro de Mediação de Litígios Médicos de Portugal, guarda sintonia com as lições da jurista FERNANDA LIMA, diretora-presidente da Fundação Nacional de Mediação de Conflitos Sociais no Brasil, idealizadora da Metodologia da Mediação Construtivista e pesquisadora a Mediação Harvardiana e Mediação Transformativa, a qual vislumbra na mediação “um eficaz instrumento de pacificação social e democratização da justiça” (LIMA, 2017).

⁵ Patacas: Uma espécie de moeda de Portugal, equivale a R\$ 2,60 em “Reais”. Disponível em: brl.pt.fxexchangerate.com. Acesso em 10/04/2017.

Transitando ainda pelo direito comparado, segundo Lima (2016), verifica-se, que nos Estados Unidos, além da mediação, adota-se também nas questões relativas a erro médico, outra espécie de ADR'S, que é a arbitragem, a exemplo dos *cases Terminix Allied – Bruce, Briarcliff Nursing Home, Inc. v. Turcotte, Madden v. Kaiser Foudation Hospitals*. Inobstante esta legitimação da arbitragem para gestar matéria de erro médico, existem pesquisas buscando investigar as razões de sua ainda tímida aplicação pelos interesses, ressaltou Neves (2000).

Essa possibilidade tem espeque em inúmeros programas de arbitragem, dentre os quais destaca-se o *Kaiser Permanentes's Healthcare Arbitration Program*, todos sujeitos a Federal Arbitration Act (FAA) que é a lei reguladora dos conflitos submetidos à arbitragem.

Essa hipótese, no entanto, o Brasil inadmite. É que a Lei n. 9.307/96, atualizada pela Lei n. 13.129/2015, veda a sua aplicação a matérias que envolvam “direitos indisponíveis”, tais como a saúde, consoante jurisprudência que segue:

Arbitragem e erro médico - Cláusula compromissária instituída em contrato de prestação de serviços médicos (cirurgia plástica) - **Inadmissibilidade, por estabelecer imposição compulsória de arbitragem (art. 51, VII, do CDC) e porque, diante do silêncio sobre a quem cabe arcar com os custos da arbitragem, implica restrição ao direito de pleitear indenização pela falha do serviço no caso de ser dever do paciente, com ofensa aos arts. 14 e 54, § 4o, da Lei 8078/90** - Ademais e por envolver a cirurgia plástica estética direito de personalidade (integridade física) poderá ser classificado como **intransmissível e irrenunciável, impedindo a arbitragem** (arts. 11, do CC e 1o, da Lei 9307/96) - Não provimento. (990103136519 SP, Relator: Enio Zuliani, Data de Julgamento: 09/09/2010, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 23/09/2010). (grifamos).

Nesse diapasão merece relevo a posição contramajoritaria de Lima (2016), ao propor uma interpretação mais extensiva da Lei de Arbitragem brasileira para que então seja aplicável em conflitos que debatam o erro médico:

Como se demonstrou, nos EUA, nos contratos de adesão aos planos de saúde e nos próprios documentos de admissão hospitalar há a constância da cláusula compromissória arbitral, sobre a qual, pelas políticas de informação dos hospitais, os pacientes são, na maioria das ocasiões, devidamente informados. Estatisticamente se provou que a arbitragem é instrumento de composição de conflitos mais célere, desprende menos despesas e confere maior confidencialidade as contendas, o que garante a imagem do profissional médico e do próprio paciente. Ademais, a ideia de implantação de um órgão estatal maior incumbido de julgar, mediante mediação e arbitragem, as disputas resultantes de responsabilidade civil por erro médico, no

Brasil, nos parece plausível, mas não possível ao país nas atuais conjecturas.

A Córrea do Sul, por sua vez, sancionou em 2011 a lei *Malpractice – related Damage Relief and Medical Dispute Resolution Act (DU-HIE,2011)*, com vistas a garantir uma resposta mais justa, célere e de baixo custo nas demandas médicas, por meio das ADR's. Mantém, entretanto, a favor das vítimas e seus familiares, a escolha pela via judicial, se assim o desejaram.

4.4 A MEDIAÇÃO EM AÇÕES DE ERRO MÉDICO NA COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES - MG: ensaios primevos.

Centelhas desta autocomposição tem irradiado sinais de esperança no município de Governador Valadares - MG, pacificando conflitos cristalizados por longos anos em Ações de Erro Médico, permitindo soluções mais humanas, justas e céleres.

Neste diapasão, saliente-se alguns casos de ações de indenização por danos materiais e morais decorrentes de erro médico adiante elencadas⁶, nas quais a solução operou-se via mediação, a saber.

I) Autos n. 10503105417-1
A: M.S.
R: S.M.A.S. LTDA. (HSVP)

Fato

Em 04 de junho de 2003, uma jovem de apenas 22 anos, se submeteu à uma fissurectomia anal feita pelos médicos A.P.S. e J.G.C.

Após a citada operação, ela passou a sentir absoluta imobilidade da perna e pé esquerdo, e forte infecção urinária.

Mais tarde soube pelo médico A.C.S. que a agulha de aplicação da anestesia teria atingido um nervo de sua coluna. Por consequência perdeu toda a sua força de flexão, ficando com o fenômeno do “pé caído”, sem conseguir efetuar sua marcha regular por ter lesionado o nervo fibular esquerdo com comprometimento mielínico, com processo neuropráxico identificado em exame eletroneuro gráfico.

⁶ Os casos mencionados neste artigo foram patrocinados pelo escritório Silva Vitório Sociedade de Advogados, do qual a autora é integrante.

Indizíveis transtornos emocionais, psicológicos, afetivos, sociais e materiais atingiram a vítima.

Em 21 de novembro de 2003 houve propositura da respectiva ação que culminou em autocomposição em 13.02.2012.

II) Autos n. 010504113335-3

A: J.G.R e s/m M.S.L.B.

R: M.G.V.

Fato

Em de 10.04.02, quando com 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de idade, P.R.S., filho dos Requerentes, nascido em 03/12/95, então com 8 anos e 3 meses de idade, foi atendido no Hospital Municipal de Governador Valadares, porque em decorrência de uma queda de bicicleta havia fraturado seu braço direito. Após o atendimento pelo médico M.B.P.G.N., a criança foi encaminhada para a realização de um Raio-X, sendo constatada uma fratura, razão pela qual seu braço foi engessado. Antes, havia levado seu filho ao hospital de Frei Inocêncio, porém, como lá não tinham recurso para os procedimentos necessários ao engessamento do braço de Paulino, o transferiram para o Hospital Municipal desta cidade.

Ocorre que passado o período superior a 30 (trinta) dias de imobilização prescrito pelo médico, quando foi retirado o gesso, descobriu-se que o braço do menino estava torto, *exatamente virado ao avesso, inclusive com o cotovelo totalmente para frente*, em virtude da mobilização ter sido realizada em posição equivocada.

Assustada com aquele quadro, a Autora procurou o médico para mostrar-lhe o braço de seu filho e saber o que ocorrera e o que deveria fazer. Este, *data venia*, de forma estranha e indiferente, simplesmente afirmou que isso às vezes acontece mesmo e quando o garoto fizesse 12 (doze) anos de idade, era para levá-lo para submeter-se a uma cirurgia reparadora. Outros médicos, porém, já lhe afirmaram que o braço de seu filho “não poderá mais ser corrigido”.

Fato é que além de admitir ter havido erro grosseiro, não se dispôs o médico a tomar qualquer providência imediata para reverter o dano causado ao menino Paulino, entendendo à época que deveria esperar por eventual medida por outros longos seis anos. Tal proposta no entanto, *datíssima venia* era inadmissível, ante o terrível sofrimento físico, moral e psíquico gerados no filho dos Autores pela referida

lesão, bem como o grave dano estético por ele sofrido que constituem violação de sua dignidade como pessoa humana.

Entretanto, os autores não se acomodaram e continuaram buscando respostas para o drama sofrido. Assim, em consulta realizada com outra médica, *M.C.G., em 25/11/02, pelo Sistema Único de Saúde, na cidade de Frei Inocêncio*, esta emitiu um parecer no qual *reconheceu que a seqüela no braço direito do garoto foi provocada por sua consolidação errônea.*

A ação foi proposta em 05.03.2004 e a autocomposição se consumou em 14.07.2009 com a respectiva extinção do processo.

III) Autos n. 2002316-78.2016.8.13.0105

A: A.J.R.S. e s/m P.H.S.L.

R: B.B.M.S. e T.C.B.

Fato

No dia 15 de setembro de 2015, P.H.S.L. foi hospitalizada em trabalho de parto no Hospital São Vicente, em Governador Valadares.

A parturiente havia sido encaminhada pela médica obstetra Dr.^a F.C., constatando no encaminhamento oficial uma gestação gemelar de 38 a 39 semanas.

A gestação havia corrido sem quaisquer intercorrências ou maiores preocupações. Durante a gestação foram realizadas 7(sete) consultas pré-natal e 3(três) exames de ultrassonografia.

A partir do segundo ultrassom, portanto, uma surpresa: os Requerentes seriam pais de, não apenas uma criança, e sim de gêmeos(as). Tamanha foi a felicidade do casal ao perceber que realizariam um sonho de maneira tão encantadora, recebendo duplamente a dádiva da paternidade e da maternidade.

O terceiro ultrassom realizado na clínica Requerida, no dia 03 de setembro de 2015, confirmou a prefalada gestação gemelar.

Festejada gestação “gemelar” também se encontrava registrada no Cartão de Acompanhamento Pré-Natal da Autora, informação essa que foi lançada a partir dos ultrassons realizados pelos Demandados.

Neste ponto, já não havia dúvidas acerca da natureza gemelar da gestação da Requerente. A expectativa dos pais, familiares e amigos íntimos era receber com o maior carinho possível, as gêmeas que estavam a caminho. Todo o enxoval já

havia sido adquirido para duas crianças: móveis, roupas, fraldas, tudo em função da espera ansiosa pelo nascimento das infantas.

Sendo assim, no dia 15 de setembro de 2015 a Requerente se dirigiu ao Hospital São Vicente para dar à luz às suas filhas tão aguardadas por ela e seu marido, também Requerente nesta demanda.

No dia seguinte, 16 de setembro de 2015, foi realizada na Requerente uma cesariana pelo médico Dr. L.O., que após inúmeras verificações, constatou na hora do parto, que havia apenas UMA criança no útero da parturiente.

Tamanho foi o desespero, tristeza, indignação e frustração dos Requerentes quando, aguardando suas filhas gêmeas, receberam em seus braços apenas uma delas, a linda menina J.H.R.S.L.

Naturalmente, inúmeras hipóteses aterrorizantes ocorreram aos Requerentes naquele momento. Haveria, de fato, apenas um feto durante toda a gestação? Seria possível que algo pudesse ter ocorrido à outra criança durante o parto? Quem, dentre todos profissionais que acompanharam a Requerente durante a gestação, teria responsabilidade sobre erro tão crasso e gravoso? O que ainda poderia ser feito para recuperar a sua filha?

Não há como expressar a magnitude da frustração dos Requerentes ao terem tomado ciência, no ato da realização do parto, de que somente nasceu um bebê, além de terem permanecido com a dúvida sobre a existência da outra criança, considerando as mais cruéis hipóteses, inclusive sua possível morte.

Constatado o erro dos médicos que realizaram os ultrassons que revelaram a suposta gestação gemelar, foi ajuizada ação em 06.02.2012, com mediação realizada em 13.03.2018.

IV) Autos n. 010506177425-8

A: E.A.A.J e s/m E.G.S.

R: HISC

Fato

No dia 1º de julho de 2002, às 22h40m, E.S.A., então com 2 anos e 3 meses de idade, nascida em 04/04/00, filha dos Requerentes deu entrada no HISC com queimaduras de 1º e 2º graus em 18% do corpo, decorrentes de água fervente, mais concentradas no hemitorax direito, hemiabdomen direito, pequena parte da perna direita, parte anterior do braço e antebraço direitos.

Após atendimento inicial, foi encaminhada para a enfermaria, onde permaneceu por cinco dias.

Seu estado geral de saúde ao adentrar naquele nosocômio, encontrava-se excelente. Apesar do referido acidente, o prontuário anexo acusou apenas “queimadura superficial”, “pequenas bolhas” na coxa direita e “lesão pequena” no antebraço direito. Seus pulmões? Encontravam-se totalmente “limpos”, conforme anotações da pediatra lançadas no prontuário.

Seu quadro era de notória simplicidade, tanto que no dia 02 houve indicação de Dipirona e Dolantina, somente “se necessário”, ou seja, a médica entendeu que havia a possibilidade de tais medicamentos serem até mesmo dispensáveis.

Até o dia 03 de julho a filha dos Autores apresentou franca melhora, se alimentava bem e revelava grandes sinais de recuperação. As anotações da referida pediatra no mencionado prontuário demonstram que a infante estava se alimentando bem e apresentava fezes e diurese normais. As pequenas lesões sofridas estavam com “ bom aspecto e limpas” (apontamento no prontuário no dia 03/07).

Acontece que a partir do dia 04 de julho a pequena Esther apresentou-se “indisposta”, passando a “não se alimentar de maneira correta” e ficou “desanimada”. Desde então o seu quadro clínico só piorou, e no dia 06 de julho, às 16h10, veio a óbito . O motivo? Infecção hospitalar!

O que levou os Autores a esta conclusão? Entre outras provas juntadas aos autos, destacou-se o hemograma realizado durante a internação no dia 06, às 13h55, data do falecimento da infante. Segundo consulta a vários médicos, todos foram unânimes em afirmar que os valores encontrados naquele exame como “Segmentados” em 79% e “Leucócitos” com o número de 22.100 p/mm³ apontam para esse diagnóstico. Isso por que, geralmente o normal é um valor entre 5.000 e 10.000 leucócitos p/mm³. Nesse sentido, ressalte-se que o resultado do exame de sangue realizado no dia 03, quando ela já se encontrava naquele hospital, com coleta às 8h40min, os “Leucócitos” apresentados foram de 7.700 p/mm³ portanto, plenamente normais.

Some-se a tudo, o fato da criança ter apresentado após o dia 04, graves e constantes sangramentos nas feridas, fezes esverdeadas, com mal cheiro,

mantendo-se pálida, agitada, com hiperemia⁷ (anotações dos dias 04 e 05 de julho, no prontuário). Apesar disso, foi mantida na enfermaria, não sendo conduzida à UTI para receber os cuidados especiais que seu delicado quadro exigia.

Quando de sua morte, foi solicitado exame cadavérico para a determinação da *causamortis*, já que aquele realizado no dia 06 de julho ainda não ficara pronto.

Estranhamente, porém, o ilustre legista da cidade de Ipatinga, realizou apenas exames com vista a contactar se a menor havia sido vítima de espancamento, não alcançando seus fins.

Esse inescusável equívoco retardou e, via de conseqüência, prejudicou aquela investigação.

Os céus, porém, estavam atentos. Assim, em 28 de Julho de 2002, o “laudo histopatológico final” concluiu, que ao falecer, a criança se encontrava com os órgãos vitais completamente dilacerados, apresentando inclusive edemas e outras lesões fatais no fígado, nos rins, nos pulmões, no coração e no cérebro!

A ilustre representante do Ministério Público comparou a simplória situação de saúde em que a pequena Esther foi internada, estabelecendo um paralelo com a descrição mortal então narrada no referido laudo. Após, negou-se inteligentemente a curvar-se à mesma conclusão do Sr. Delegado de Polícia, que em seu relatório de 22/05/03, entendeu terem decorrido da leve queimadura sofrida pela criança, as mencionadas lesões que a dilaceraram internamente levando-a a óbito.

A ação foi ajuizada em 06.02.2006 e a mediação foi alcançada em 13.03.2018.

Esse pode ser o limiar de um novo tempo processual ansiosamente esperado neste município, que busca agigantar-se no aprimoramento de uma justiça símbolo de dignidade e direitos genuínos.

6 CONCLUSÃO

Aprioristicamente este estudo perscrutou: “Em que medida as ações de Erro Médico serão impactadas pela Nova Lei de Mediação (Lei n. 13.140/15) cultuada

⁷ Hiperemia – Aumento da irrigação sanguínea de um órgão ou do corpo, provocando distensão dos vasos sanguíneos. A hiperemia pode ser ativa, quando decorrente de dilatação vascular, ou passiva, quando originada de bloqueio ou dificuldade da drenagem.

hoje como instrumento maior de pacificação dos conflitos sociais ante as técnicas dialogadas e não adversariais por ela adotadas?”

O diálogo doutrinário, jurisprudencial e normativo ora alinhado sob a inspiração de uma matriz filosófica dworkiniana e kantiana, desvelou um cenário potencialmente favorável e eficaz no tocante aos efeitos da Nova Lei de Mediação nas Ações de Erro Médico.

Dessume-se que o direito pátrio já progrediu expressivamente, existindo hodiernamente inúmeros programas de mediação de conflitos idealizados por meio de Câmaras privadas e públicas fomentadas até mesmo pelo próprio Poder Judiciário e pelo Ministério Público.

Ocorre que na esfera nacional, a quase totalidade desses programas se abstém de debater as questões de erro médico, ficando adstritas à judicialização da saúde, fenômeno não menos importante e que igualmente requer soluções inadiáveis, seguras e pontuais.

Entretanto, impende salientar que a dignidade da pessoa humana, das vítimas e familiares, bem como dos(as) respectivos(as) acusados(as) poderá se concretizar de forma bem mais notável com a urgente inclusão das questões de erro médico nos referidos programas nacionais de mediação que garantirão com celeridade, eficiência e confidencialidade, a justiça e a cidadania sonhadas pelas vítimas e também, possivelmente pelos seus algozes desta nefasta batalha.

Assim, sugere-se inclusive que nesse âmbito, haja a adoção também do instituto da Arbitragem, não apenas da mediação, em que pese a resistência da legislação pátria nesse sentido em razão da saúde ser considerada direito indisponível.

Essa, no entanto, é a tendência internacional, a exemplo de Portugal, Estados Unidos e Coreia do Sul, dentre outros países que já se encontram historicamente bem mais avançados quanto a aplicação dos Meios Adequados de Solução de Conflitos.

Por derradeiro, conclui-se ante as razões suso expostas, que o impacto da Lei n. 13.140/15 nas Ações de Erro Médico promete ser altamente produtor, descortinando um novo tempo nesse deserto onde suas vítimas encontram-se tão sedentas de uma verdadeira justiça, mais humana, célere e eficaz.

Nas palavras da diletta professora Lima (2010): “Registra-se aqui, como lembrança e inspiração para o plantio do bem e construção de uma sociedade

baseada na caridade, as palavras do maior mediador que já existiu: '[...] *E amarás o teu próximo como a ti mesmo*'. JESUS (Lucas,10:27)".

REFERÊNCIAS

ACHÁVAL, A. **Responsabilidad civil del medico**. Ed. Abeledo-Porrot (Buenos Aires),1996.

AIZENBERG, Marisa; CIRUZZI, María Susana. **El derecho a la salud de los pueblos originarios y migrantes: ciência, etnia, cultura, valores y creencias**. Hacia una medicina intercultural. In: En Letra, 2014. Año I, número 2. Buenos Aires, Argentina.

ALMEIDA, Diogo Assumpção de. **A mediação no novo código de processo civil**. Coordenação Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Fernanda Medina Pantoja, Samantha Pelajo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Ed. Renovar, 2002.

BARCELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. Roberto Portugal Barcellar. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção saberes do direito; 53).

BARRETO, Vicente de Paula. A leitura ética da constituição. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/VIVE.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BOTELHO, Regina.. Erro Médico: Ação na justiça aumentaram 300% em MT. **Centro Oeste Popular online**. Disponível em: <http://www.copopular.com.br/saude/id-102736/erro_medico__acoes_na_justica_aumentam_300___em_mt>. Acesso em: 15 jul. 2015.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. Trabalho com reclusão do homem à condição análoga, a de escravo e dignidade da pessoa humana. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/escravo/dignidade-trabalhoescravo.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

CAMEDS. Câmara de mediação em direito da saúde. Disponível em: <www.cameds.com.br>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **A justiça em números**. CNJ: 2016. Disponível em: <www.cnj.com.br>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de mediação judicial**. CNJ, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988: Atualizada até a Emenda Constitucional nº 96/2017. São Paulo: Saraiva, 2017

COUTO, A. **Curso de direito médico**. Colégio brasileiro de cirurgiões. ago. 2009.

COUTO, Renato Camargo; PEDROSA, Tânia Grillo Moreira; ROSA, Mário Borges. Erros Acontecem. A força da transparência para o enfrentamento dos eventos adversos assistenciais em pacientes hospitalares. construindo um Sistema de Saúde mais Seguro. Belo Horizonte. 2016. **Instituto de Estudo de Saúde suplementar IESS**. Disponível em: <www.ismp-brasil.org/site/wp-content/uploads/2016/10/estudo-eventosadversos-no-brasil-2016.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o Direito**. São Paulo: Oliveira Mendes, 2002.

CURY, Augusto Jorge. **O futuro da humanidade**. A saga de Marco Polo. Rio de Janeiro: Editora Sextante. 2010.

DANTAS, Eduardo. COLTRI, Marcos. **Comentários ao código de ética médica**. Rio de Janeiro. GZ Editora, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Proclamada pela UNESCO em sessão realizada em Bruxelas - Bélgica, em 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

DELATORRE, Rogério. **A interpretação/aplicação judicial do direito e a discricionariedade judicial**: um diálogo com o pensamento de Ronald Dworkin e HebertHart. 2008. 138f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-RS, Porto Alegre, 2008.

DEMOGUE, René. **Traité des obligations em general**. Paris: Librairie A. Rousseau, 1925. v. 4.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à ciência do Direito**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DU-HIE, Han. **Breakthrough in medical dispute resolution**. Korea Times. Seul, 04 jun. 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina legal**. 10.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Kogan, 2015.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistêmica do direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GARFINKEL, Ana. Responsabilidade civil por erro médico segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Revista DIREITO**, g.v 6. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35181/33986>>. Acesso em: 10 maio 2015.

GIOSTRI, Hildegard Taggessell. **Responsabilidade médica**. As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Juruá Editora. 7 reimp. Curitiba. 2011.

GOMES, Júlio Cezar Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas; FRANÇA, Genival Veloso e. **Erro médico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintão. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980. Coleção: Os Pensadores- v.Kant II).

LA FORGIA, G.M; COUTTOLENC, B.F. **Desempenho hospitalar no Brasil**: em busca da excelência. São Paulo: Singular, 2009.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. ALMEIDA, Mauricio Vicente Silva. A mediação. Harvardiana e a mediação transformativa. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 83, dez. 2010. Disponível em: <www.ambito-juridica.com.br>. Acesso em: 10 abr. 2017.

LIMA, GIÁCOMO LAMARÃO. Arbitragem em responsabilidade médica. **Conteúdo Jurídico**. Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br>. Acesso em: 20 mar. 2017.

MAKARY, M.A.; DANIEL, M. Medical error the third leading cause of death in the US. *BMJ*, v. 353, nº 2.139, p. 1-5, 2016.

MINAS GERAIS. Ministério Público. A mediação sanitária: direito saúde e cidadania – o que é e os resultados alcançados que subsidiam novas atuações. Disponível em: <<https://prezicom/bemtbny6ejqq/a-mediação-sanitária-o-que-é-e-os-resultados-já-alcançados-que-subsidiam-novas-atuações>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed. São Paulo: RT, 2003.

MOREIRA, Luiz. **A Constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2007.

NALINI, José Renato. **O magistrado e a comunidade**. RPGELPS, junho, 1991.

NASCIMENTO, Dulce. Mediação de Conflitos na Área de Saúde: experiência portuguesa e brasileira. **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. 2016. Jul/Set, 5(3)201-2111.

NEVERS, Ann. H. Medical Malpractice Arbitration in the New Millenium. Much Ado about nothing? **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**. Malibu, CA. ano 2. 2000. Disponível em: <<http://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol1/iss1/6>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

PARKINSON, Lisa. **Mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, XXII, 426 p.

PANASCO, Wanderley Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

QUEIROZ, Cláudia Carvalho. **A Mediação como Instrumento de concretização do direito fundamental à saúde**: uma alternativa à judicialização de conflitos. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal: 2013.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. São Paulo: Renovar, 2006.

SCHULZE, Clênio Jair. Conciliação e mediação nos conflitos sobre direito à saúde. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/conflitos-sobre-direito-a-saude/>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

SILVA, Andreia Sofia. Erro médico. Decisões da mediação sem hipótese de recurso. Disponível em: <<http://hojemacau.com.mo/autor/andreia-s/>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

SOUZA, Vera Lúcia Ribeiro de. **O labirinto e o fio de Ariadne**: a proposta de Dworkin para o entendimento do Direito e sua aplicação nas democracias constitucionais. 2006. 190f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação de conflitos civis**: ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método: 2016.