

Mediação nos Relacionamentos do Setor de Saúde

Ana Paula Pontes Cardoso ¹

1. MEDIAÇÃO

A mediação é forma de solução de conflitos, assim como o minitrial, a arbitragem etc. Porém, é realizada consensualmente, através do diálogo aberto e franco, de modo pacífico, pelo qual as próprias partes têm a chance de solucionar a lide, fazendo retirar do Judiciário o conflito.

A mediação conta com a figura do mediador, não podendo ser realizada pelo Juiz, já que este não poderia julgar a lide posteriormente, haja vista que o magistrado integra a decisão por ele prolatada. O mediador deve ser terceiro imparcial, cuja missão é a facilitação do diálogo entre as partes. Na mediação, as partes é que alcançam a solução do problema, sendo valorizada a pessoa, já que são os principais responsáveis pela solução da divergência.

Na mediação há um “delay” entre as negociações para que as partes alcancem o entendimento, já que todo conflito é um desentendimento. Geralmente, quem está envolvido no conflito não consegue se entender com a outra parte, porque não vê as coisas do ponto de vista do outro. Com a mediação, a visão do conflito passa a ser positiva, deixando as partes de estar uma contra a outra, mas sim ambas voltadas para o mesmo objeto, consistente na solução do desentendimento. Inicia-se a retomada do diálogo entre as partes, com a escuta do outro.

Através da mediação, tenta-se demonstrar que o conflito é necessário ao crescimento e à ocorrência de mudanças, possibilitando o conhecimen-

¹ Juíza de Direito da 48ª Vara Cível - Capital.

to do verdadeiro problema, que pode ter dado origem a conflitos menores. Esta situação é comum em relações continuadas, como relacionamentos afetivos, vizinhos, empregados de uma mesma empresa etc. O mediador vem facilitar a conversa entre os envolvidos.

A mediação tem como objetivos: a prevenção da má-administração de conflitos, a inclusão social, a paz social e a solução dos conflitos, sendo este seu objetivo primordial. O caminho para se alcançar tal solução é o diálogo, o qual somente pode aparecer quando o conflito é visto de forma positiva. Para lograr êxito na solução do conflito, os envolvidos devem refletir sobre suas responsabilidades, e não só sobre seus direitos, mas também sobre suas obrigações, devendo cada qual pensar no reflexo que sua atitude pode ter na vida do outro contendor. A pessoa é valorizada, incluída, tendo em vista sua importância no conflito.

Na mediação, a competição é substituída pela cooperação, já que cada parte deve comprometer-se de forma ética com o diálogo honesto.

A Resolução 125 do CNJ fixou a mediação como política pública de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos. É incremento de pacificação social, possuindo dois elementos fundamentais: a desconstituição do conflito (aspecto subjetivo) e a construção da solução em coautoria dos envolvidos (aspecto objetivo). As partes em conflito se tornam responsáveis por construir a solução do conflito em consultoria.

Na mediação deve haver diálogo qualificado, o que ocorre quando se chega além das fronteiras do conflito. É preciso compreender as razões que estimulam a conduta da outra parte. Deve haver ética no sentido da compreensão ampliada do outro, da diferença, da pluralidade, inspirar e se deixar inspirar pela tolerância. Deve haver compreensão do que é melhor para todas as partes do conflito. É a ética conforme a visão do outro. Deve ser buscada a solução pelo “ganha-ganha” e não pelo “perde-perde” ou pelo “perde-ganha”.

O mediador não é a pessoa que decide, não tendo autoridade sobre o conflito mais do que as partes. Ele não conhece o conflito mais do que as partes. O mediador deve formular perguntas para além do senso comum,

a fim de abrir o diálogo entre as partes. O mediador deve ter formação multidisciplinar. Na área da saúde, a mediação deve ser especializada, com câmaras ou núcleos de assessorias técnicas. Os advogados devem ter dimensão de orientação do cliente e não sobre o foco adversarial.

Vivemos numa sociedade de vítimas e de baixa resistência à frustrações. A sociedade é individualista e voltada ao espetáculo. A sociedade imagina que pode comprar tudo: segurança, conforto, bem-estar, felicidade... e saúde! A sociedade é despolitizada e possui dificuldade para pensar o coletivo.

O conceito de consumidor e o de cidadania se confundem. Consumidor é a parte mais fraca, débil, vulnerável, e hipossuficiente. Precisamos formar mediadores que conheçam programas de saúde pública, que possam inserir o indivíduo em programas de saúde pública e que entendam os fundamentos legais da saúde privada.

Mediação demanda tempo. É preciso entender o conflito como uma oportunidade de mudança, devendo as políticas públicas de saúde partir do Estado e não do Governo. O Judiciário deve deixar de ser o *locus* de debate dos problemas da saúde. O debate deve ser político, social, principalmente no que tange à saúde complementar, e tal solução deve partir da coautoria, ou seja, dos próprios envolvidos, servindo a mediação como importante instrumento para se alcançar o resultado positivo.

No pós-guerra, a mulher passou a representar força de trabalho, deixando os filhos em casa e passando a trabalhar fora. Esta situação trouxe culpa às mães que passaram a compensar sua ausência do lar com presentes aos filhos, iniciando-se o consumo. Os jovens passaram a deter poder, e as fábricas, percebendo isto, passaram a produzir itens destinados a eles. Os jovens passaram a eclodir rebeldia e violência, mudando o eixo do poder. Os idosos passaram a ser indesejados e as crianças aceleraram seu crescimento para serem logo jovens. Isto gerou a ausência de instâncias intermediárias entre as gerações, confundindo a ideia da soberania dos mais velhos, e do valor de suas experiências, gerando maiores conflitos entre as famílias. As pessoas esqueceram a cronologia, e a acronicidade angustia o jovem, porque não há mais diferença entre as gerações. A mediação surge

então como importante instrumento de resolução destes conflitos. Serve como instrumento de escuta do outro, chegando as próprias partes à solução de suas desavenças.

2. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A Função Social do Contrato não é ideia nova. O Código Civil de 2002 trouxe para o direito positivo esta noção que já era mencionada na doutrina há 100 anos. Era preciso estabelecer novas bases para o direito privado, o que ocorreu com base na função social do contrato. O sócio e a sociedade têm funções sociais diferentes, e por isso têm personalidades jurídicas distintas.

Conceituar a função social do contrato é tarefa difícil. O art. 421 do Código Civil diz que a liberdade de contratar deve ser exercida nos limites da função social do contrato, o qual não deve ser concebido como algo que só interessa às partes contratantes. A função social do contrato deve ser entendida como algo que impõe às partes o dever de perseguir o bem-estar social, ao lado de perseguir seu interesse particular. A função social do contrato traz em si a noção de ordem pública, devendo buscar sua finalidade existencial. Isto se aplica aos contratos de plano de saúde, já que seu objetivo é relevante. Deve ser buscada não só a proteção dos interesses individuais, mas também a dos interesses constitucionalmente protegidos.

O contrato de plano de saúde é comutativo. Destarte, entre as prestações devidas por ambas as partes, deve haver a equivalência de valores. A revisão do contrato deve levar em conta sua comutatividade, alcançando o equilíbrio entre as partes. É possível a revisão judicial dos contratos de plano de saúde através da tutela coletiva (ex. Ação Civil Pública). Sempre que se verificar a existência de cláusula que viole a função social do contrato, será possível sua revisão por tutela coletiva. Pode ser ainda revisto o contrato quando, apesar de observar a sua função social, estiver causando o desequilíbrio das partes (ex. afasta-se a cláusula de exclusão de cobertura - deve-se alterar o valor da mensalidade, a fim de observar a comutatividade do contrato e o equilíbrio entre as partes. Isto também é observar a função

social do contrato).

Verificam-se atualmente alguns problemas existentes no que tange aos planos de saúde. Entre eles, podem ser destacadas: as falhas no cumprimento das operadoras; a desconsideração do contrato a favor do pretendido pelo consumidor; a ineficiência estatal, transformando em principal o contrato de plano de saúde privado, quando este deveria ser o secundário; o decurso do tempo, já que a atividade que era lícita no passado se torna ilícita com o passar dos anos e com a mudança da legislação (ex: limitação do tempo de internação; majoração da mensalidade por mudança de faixa etária, etc).

Quando realidades mudam, desequilíbrios acontecem. Pode uma cláusula de reajuste ser considerada nula a ponto de não haver nenhum reajuste da mensalidade do consumidor no futuro, nos anos seguintes? É preciso haver o equilíbrio contratual, que deve partir de uma solução justa. É preciso harmonizar os interesses e buscar o equilíbrio das relações através da função social do contrato e da boa-fé objetiva. ◆