XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

F723

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

Coordenadores: Gabriel Antinolfi Divan; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Raymundo Juliano Feitosa.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-614-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos.

XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

Apresentação

O livro que ora se apresenta é fruto dos artigos debatidos no Grupo de Trabalho intitulado Formas Consensuais de Solução de Conflitos I, por ocasião do XXIX Congresso Nacional do Conpedi, realizado no Campus da prestigiada Universidade do Vale do Itajaí, em Balneário Camboriú, Santa Catarina. Os textos, que se encontram identificados por título e extrato de conteúdo, demonstram o quão desenvolvidas se encontram as discussões de um tema que, outrora incipiente, vem ganhando espaço na academia e nas práticas institucionais. São os seguintes os capítulos que compõem o livro:

1- "A CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NO ÂMBITO DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE COMO FORMA DE ATRIBUIR EFICIÊNCIA A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA": Trata-se de estudo destinado a analisar a possibilidade de atuação da Administração Pública por meios consensuais, bem como as diretrizes atinentes da nova Lei de Improbidade Administrativa – Lei Federal n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021, em especial no tocante ao disposto no artigo 17-B, que se refere à celebração de acordo de não persecução civil entre o réu e o Ministério Público, assegurados os princípios institutivos da isonomia (artigo 5º, caput, da CR/88), da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da CR/88), em atenção à efetiva participação dos envolvidos no termo de acordo. O texto também questiona se a realização de termo de ajustamento de conduta no âmbito das ações de improbidade pode ser caracterizada como uma forma de atribuir eficiência à atividade administrativa.

2- "A CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PARTIR DA SOCIOLOGIA REFLEXIVA DE PIERRE BOURDIEU: PERSPECTIVAS E DESAFIOS" Nesse artigo aborda-se, a partir da perspectiva da sociologia reflexiva de Pierre Bourdieu, a ruptura do paradigma tradicional da Administração Pública e a implementação dos mecanismos de resolução consensual de conflitos no campo burocrático. Por conseguinte, questiona-se: de que forma a ruptura do paradigma tradicional da Administração Pública pode contribuir para a implementação dos meios adequados de resolução de conflitos no âmbito administrativo? O objetivo geral da pesquisa é analisar de que modo tal mudança pode contribuir para a implementação da resolução consensual de conflitos envolvendo a Administração Pública. Para tanto, busca-se: a) investigar de que maneira se estabelece o campo e o habitus burocráticos da Administração Pública; b) averiguar a modificação do

paradigma tradicional administrativo; e c) perquirir a nova postura consensual adotada pelo Poder Público no contexto da gestão adequada de conflitos.

3- "A DESJUDICIALIAÇÃO DOS CONFLITOS EMPRESARIAIS SOB O VIÉS DA NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA: INTERFACES ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA EM PROL DA RESPONSABILIDADE SOCIAL". Nesse trabalho, analisa-se a técnica da negociação colaborativa como instrumento adequado na desjudicialização de conflitos empresariais, a partir de uma relação entre o direito e a economia em favor da responsabilidade social. Para tanto, em que medida a negociação colaborativa pode contribuir como técnica adequada de resolução de disputas empresariais sob uma perspectiva da análise econômica do direito em prol da responsabilidade social? Inicialmente, discorre-se sobre a desjudicialização, e, em ato subsequente, desenvolve-se aportes teóricos sobre a negociação, com enfoque na negociação colaborativa. Ato contínuo, objetiva-se estabelecer interfaces entre a economia e o direito sob uma visão na negociação colaborativa, para então adentrar nos benefícios da técnica colaborativa nas atividades empresariais em prol da responsabilidade social. Conclui-se que a negociação colaborativa nos conflitos empresariais, sobre uma análise de custo-benefício, se sobrepõe de forma positiva em relação a rotineira solução judicial, pelo simples fato dos custos do processo judicial, aliado ao tempo e risco (incertezas) do processo. A contribuição para a responsabilidade social é reflexa, na justificativa de manutenção da relação negocial entre os envolvidos, permanência da cadeia produtiva, o que contribui indiretamente para a subsistência de todos os envolvidos na manutenção da atividade empresarial, atendendo aos propósitos de uma empresa cidadã, comprometida ao cumprimento dos anseios constitucionais da dignidade da pessoa humana.

4- "A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA À LUZ DO OBJETIVO 16 DA AGENDA 2030 DA ONU". O estudo tem como objetivo explorar a mediação como uma das formas de acesso à justiça, atendendo às diretrizes do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16 da Agenda 2030 da ONU, o qual se propõe a buscar a paz, a justiça e o funcionamento eficaz das instituições. Diante do novo paradigma da sustentabilidade e da complexidade dos conflitos sociais, o Poder Judiciário deve recorrer a alternativas eficazes, através da implementação de métodos adequados de solução de conflitos, no sentido de garantir o acesso à justiça, sem nenhuma discriminação, para que se construa uma sociedade pacífica, com respeito às pessoas de forma igualitária. Analisa-se que a mediação é uma das formas que possibilitam a resolução destes conflitos por meio de um processo democrático constitucional-deliberativo que incentiva regras da intervenção mínima do Estado e de cooperação entre as partes, de modo a ressignificar esses antagonismos, a fim de que sejam vistos sob uma ótica positiva.

5- "A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL CULPOSA DECORRENTES DO ERRO MÉDICO E OS DESAFIOS DECORRENTES DA RUPTURA DA CONFIANÇA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE". As ações penais decorrentes de erro médico têm aumentado gradativamente, ocasionando processos longos e dolorosos para as partes envolvidas. Sendo assim, busca-se novas maneiras de solucionar tais conflitos, mas que permitam às partes a compreensão dos atos praticados e suas consequências. Dessa forma, discute-se a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes de lesão corporal culposa ocasionados por erro médico, como forma de reconhecimento dos danos provocados e revaloração das partes. Entretanto, exsurge a seguinte pergunta: é possível aplicar a Justiça Restaurativa, verificando-se a voluntariedade das partes diante da quebra de confiança na relação médico-paciente e a diferença de conhecimento técnico entre autor e vítima? Para responder a presente pergunta orientadora, buscou-se discutir a diferença entre erro médico e iatrogenia, a Justiça Restaurativa como via alternativa e autônoma na resolução do conflito penal para, ao final, verificar se é possível, de fato, permitir o diálogo informado entre o médico e o paciente através dos círculos restaurativos, preservando-se os direitos fundamentais das partes e as consequências em eventual ação penal pública.

6- "A REGULARIZAÇÃO DE IMÓVEIS POR VIA DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL – MANUAL PRÁTICO". O ordenamento jurídico brasileiro assegura o direito de propriedade e esta deve cumprir sua função social. Este direito não é automático ao cidadão, ainda que tenha exercido a posse, por longo tempo, de forma mansa e pacífica sobre um imóvel. Mas tal direito pode ser efetivado pelo cidadão, por via do instrumento da usucapião. O processo judicial da usucapião, porém, é desnecessariamente burocratizado, afastando o cidadão comum de seu direito de propriedade. Uma alternativa mais adequada seria o procedimento da usucapião extrajudicial, prevista no artigo 216-A da Lei 6.015/73 - Lei de Registros Públicos e regulamentada pelo Provimento 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça. Este caminho, porém, é desconhecido das pessoas, impedindo o exercício de seu direito à aquisição da propriedade pelo instituto da usucapião. Assim, o objetivo do trabalho é a elaboração de um manual prático para otimizar o procedimento da usucapião pela via extrajudicial, permitindo que os cidadãos possam regularizar seu imóvel de uma forma mais efetiva, menos onerosa e burocrática. Espera-se, como resultado do trabalho, demonstrar a celeridade do instituto da usucapião extrajudicial por simplificação da regularização fundiária e que o manual prático resultante possa constituir-se em um efetivo instrumento de trabalho dos operadores do direito.

7- "A UTILIZAÇÃO DA CONCILIAÇÃO NO PROCEDIMENTO DE REPACTUAÇÃO DE DÍVIDAS DECORRENTES DO SUPERENDIVIDAMENTO: OS REFLEXOS

SOCIOJURÍDICOS DA LEI Nº 14.181/21". Esse texto tem como objetivo apresentar reflexões acerca do fenômeno do superendividamento e da relevância da conciliação no procedimento de repactuação de dívidas, enunciando os reflexos sociojurídicos trazidos pela Lei nº 14.181/2021. Constata-se, com o estudo, que a sociedade de consumo e a pandemia causada pela COVID-19 contribuíram para o aumento das situações de superendividamento. Verifica-se, também, que o meio autocompositivo viabilizado pela conciliação na Lei nº 14.181/2021 assegura aos cidadãos superendividados um amplo acesso à justiça, sob a perspectiva da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse, com ênfase no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e da preservação do mínimo existencial. Certifica-se, por fim, que as proteções sociais e regulamentações fomentadas não se destinam somente à proteção do consumidor, mas também à sustentabilidade das relações econômicas defendida e regulada pela ordem econômica por meio das previsões constitucionais.

8- "AMEAÇA À EQUIDADE DE GÊNERO: QUANDO A MEDIAÇÃO E A CONSTELAÇÃO FAMILIAR SE ENCONTRAM PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER". O trabalho explora o tema da mediação institucionalizada de conflitos para casos de violência contra a mulher. Parte do problema da compatibilidade desta forma de resolver controvérsias em situações de desigualdades crônicas, como as vivenciadas pelas mulheres brasileiras. Desenvolve-se a partir de uma leitura crítica sobre a implementação da política judiciária instituída pela resolução 125/2010 do CNJ e seu incentivo de uma cultura da paz e sobre a disposição da Política Nacional de Justiça Restaurativa por meio da resolução 225/2016 do CNJ. Tem-se objetivo geral analisar se o discurso pela harmonia nas relações interpessoais não mascara e reproduz as hierarquias inerentes às relações de gênero, levanta como hipótese central a de que o avanço quanto à admissão de novas juridicidades não é capaz de eliminar a revitimização das vítimas de violência e peca pela adoção de mecanismos pautados pela pseudociência. Como objetivos específicos explora o desenvolvimento da adoção dos métodos autocompositivos pelo Judiciário brasileiro e a implementação dos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, além de levantar a literatura jurídica que une a reflexão sobre gênero e métodos adequados de solução de conflitos, como é o caso da justiça restaurativa e o uso da chamada constelação familiar. Conclui-se que a reprivatização da violência contra a mulher pelo uso da mediação e da constelação familiar se choca com a busca plena por uma justiça de gênero.

9-" ARBITRAGEM E AS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO: A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ERA DIGITAL". O objetivo do trabalhoé analisar a arbitragem nos processos jurídicos em relação às novas tecnologias digitais, em especial, os Smart Contracts

(contratos inteligentes), o Blockchain (livro-razão) e o Metaverso (internet 3D) – um espaço-tempo virtual, imersivo, interativo, coletivo e hiper-realista –, que, de acordo com especialista de grandes conglomerados de tecnologia, representa o próximo estágio da internet. Significa que a internet ampliará a interatividade, para tornar-se uma espécie de meio termo entre a vida real e a vida virtual do indivíduo, por meio da tecnologia 3D, que cria ambientes específicos para que os usuários possam conviver e interagir entre eles. Deste modo, questiona-se o método tradicional de arbitragem em face dos novos entendimentos, e do surgimento de plataformas digitais, que se utilizam destes recursos para melhor atender as perspectivas de fazer valer a justiça, na era digital. A pesquisa intenta, portanto, apresentar a total aplicabilidade destes instrumentos tecnológicos na dissolução de controvérsias extrajudiciais, conceituando o “processo arbitral”, a “cláusula arbitral”, as novas tecnologias e sua empregabilidade. Para esse fim, busca-se investigar os efeitos econômicos e sociais que as novas tecnologias podem proporcionar, principalmente nos quesitos de segurança, celeridade, praticidade e economicidade, requisitos essenciais ao processo arbitral.

10- "DA NECESSIDADE DE (RE)PENSAR O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA E PROMOVER O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA". O trabalho investiga o estado atual do direito fundamental ao acesso à justiça no Brasil e analisa quais instrumentos podem reforçar sua efetividade. Para tanto, averigua-se o seu aspecto conceitual e como seu significado evoluiu ao longo do tempo, os números da justiça brasileira no ano de 2021, traçando um paralelo em relação ao cenário mundial e os reflexos desses dados obtidos em relação ao acesso à justiça e à sua finalidade maior, de assegurar direitos fundamentais às pessoas. Conclui-se que ainda há muito a ser feito no Brasil para efetivar o direito fundamental de acesso à justiça e os direitos que por ele podem ser assegurados, ante à infinidade de ações ajuizadas todos os anos e a incompatibilidade dessa demanda com as possibilidades humanas do Poder Judiciário. Ao final, propõe-se repensar o acesso à justiça e elenca-se instrumentos jurídicos aptos a proporcionar uma ampliação ao acesso a uma ordem jurídica justa.

11- "GESTÃO DE CONFLITOS PARA ALÉM DA VIA JUDICIAL: CONSIDERAÇÕES E REFLEXÃO". O texto trata dos meios de resolução dos conflitos para além da órbita da decisão judicial – como, vg, podem ser os expedientes de conciliação, mediação e a arbitragem - e sua aplicabilidade no cotidiano dos cidadãos, bem assim a forma como essas práticas são vistas pelos profissionais do Direito e pelos próprios possíveis usuários. Procura-se fazer breve análise dos métodos consensuais de solução de conflitos por meio de interferências extrajudiciais e como, efetiva e tecnicamente, estas podem operar na construção de uma sociedade menos violenta, sem esquecer as dificuldades e a resistência encontradas para sua concretização de fato, bem assim o contexto social e econômico que se

coloca como base de atuação do terceiro imparcial, solucionador do conflito. Com efeito, conclui-se que os métodos de autocomposição e os meios alternativos adequados a resolução de conflitos, sozinhos, não vão conseguir acabar com a crise enfrentada pelo Poder Judiciário brasileiro, porquanto para que se diminua o número de processos novos e em trâmite na Justiça brasileira, faz-se necessário, inicialmente, uma mudança na mentalidade dos operadores do direito, bem como dos litigantes, com o intuito de se alterar a cultura da litigiosidade e buscar a pacificação social.

Apresentados os temas do livro, o leitor perceberá o quão ecléticos são e, principalmente, o compromisso de cada um dos autores em problematizar as questões afetas ao tema nuclear consistente nas formas consensuais de solução de conflitos. Muito ainda há de ser feito e construído, porém o caminho encontra-se pavimentado e os frutos, por certo, serão percebidos. O horizonte é promissor!

Ótima leitura a todos, é o que desejam os organizadores!

Balneário Camboriú, primavera de 2022.

Gabriel Antinolfi Divan - Universidade de Passo Fundo - RS. Email: divan.gabriel@gmail.com

Raymundo Juliano Feitosa - Universidade Católica de Pernambuco. Email: raymundojf@gmail.com

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro- Escola Superior Dom Helder Câmara. Email: lgribeirobh@gmail.com

A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL CULPOSA DECORRENTES DO ERRO MÉDICO E OS DESAFIOS DECORRENTES DA RUPTURA DA CONFIANÇA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

THE POSSIBILITY OF THE APPLICATION OF RESTORATIVE JUSTICE IN CRIMES OF NEGLIGENT BODILY INJURY ARISING FROM MEDICAL ERRORS AND THE CHALLENGES ARISING FROM BREAKDOWN OF TRUST IN THE PHYSICIAN-PATIENT RELATIONSHIP

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro [1]
Otto Edgard Silva Falcao [2]

Resumo

As ações penais decorrentes de erro médico têm aumentado gradativamente, ocasionando processos longos e dolorosos para as partes envolvidas. Sendo assim, busca-se novas maneiras de solucionar tais conflitos, mas que permitam às partes a compreensão dos atos praticados e suas consequências. Dessa forma, discute-se a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes de lesão corporal culposa ocasionados por erro médico, como forma de reconhecimento dos danos provocados e revaloração das partes. Entretanto, exsurge a seguinte pergunta: é possível aplicar a Justiça Restaurativa, verificando-se a voluntariedade das partes diante da quebra de confiança na relação médico-paciente e a diferença de conhecimento técnico entre autor e vítima? Para responder a presente pergunta orientadora, buscou-se discutir a diferença entre erro médico e iatrogenia, a Justiça Restaurativa como via alternativa e autônoma na resolução do conflito penal para, ao final, verificar se é possível, de fato, permitir o diálogo informado entre o médico e o paciente através dos círculos restaurativos, preservando-se os direitos fundamentais das partes e as consequências em eventual ação penal pública. Para tanto, foi utilizada a revisão bibliográfica, com uso de obras e artigos científicos, bem como a análise de jurisprudência, com abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Erro médico, Lesão corporal culposa, Vítima, Justiça formal, Justiça restaurativa

Abstract/Resumen/Résumé

The criminal prosecutions that are accept on medical error are growing constantly and these process are long and painful on those parts involved in it. Therefore, there is a searching on new ways of solving these conflicts but may permit those involved in understanding the actions and it´s consequences. Like so, the possibility on applying Restorative Justice to the crimes of wrongful bodily injury caused by medical malpractice. Meanwhile, the following

[1] Doutora e Mestra em Direito Público pela UFBa. Pós doutora em Relações Internacionais pela Universidade de Barcelona (ESP). Pós doutoranda em Criminal Compliance pela UERJ.

[2] Especialista em Direito Médico pela UCSal. Graduado em Direito pela UCSal

question appears: It is possible to apply arbitrations by checking the willingness of the parties after the breach of trust on the relation between patient and physician and the difference of knowing the technics between victim and author? To answer the present orientated question, we sought to discuss the difference between medical errors and iatrogenes, the Restorative Justice as a possibility of option and the autonomous on solving the criminal conflict to, at the end, verify if its possible, in fact, to allow an informed dialog between the physician and the patient through the restorative circles preserving the fundamentals rights of the parties and its consequences on eventual criminal prosecutions. As Such, it was used a bibliography review, with the research on papers and Scientifics works, as well as a review on court decisions with the qualitative approach.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Medical error, Personal injuries, Victim, Formal justice, Restorative justice

1. INTRODUÇÃO

A mediação e a conciliação, apesar de terem sua existência prevista desde a constituição de 1988, art. 98, I, somente nos últimos anos vêm ganhando a devida eficácia e delineamento legislativo para sua utilização pratica. Nesse sentido, surgem novas opções de solução de conflitos que não apenas ensejem a formalização de uma ação civil ou notícia crime para instauração de uma investigação e eventual formação de um conflito jurídico penal. Nos casos relacionados ao direito médico, é possível vislumbrar a possibilidade da mediação em aspectos que podem vir a substituir ação penal, evitando-se a formação do litígio.

No Brasil a aplicação da conciliação e mediação ganhou fôlego no final da década de 90. Surgindo a priori na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)[1], hodiernamente sua aplicabilidade é enfática e quase exclusivamente aplicada no direito civil. Em 1994, a Lei 8.952/94 alterou o código de processo civil de 1973, passando a prever a conciliação como um dos deveres do juiz e uma das finalidades da audiência preliminar. (DALLA, 2016). Apesar de ser uma das finalidades dos Juizados Especiais, conforme dispõe o artigo 2º da Lei 9099/95[2], e, especificamente, a mesma lei dispõe sobre a possibilidade da transação penal e a composição civil dos danos na seara criminal, somente em meados do ano 2000, surgiram leis disciplinando propriamente a mediação e Resoluções do CNJ viabilizando tais práticas não conflituosas, notadamente na área cível.

Especificamente na seara penal, a justiça restaurativa somente é prevista na Resolução 225 do CNJ (2016). A Lei nº 13.964/2019 – conhecida como "Lei Anticrime" – passou a disciplinar o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) no artigo 28-A[3] do Código de Processo Penal atual. Não obstante, a previsão legal da transação penal, composição civil dos danos, o ANPP, o projeto do novo código de processo penal (PL 8045/2010), não foi capaz de delinear um processo de mediação penal mais robusto, deixando de fora a Justiça Restaurativa.

[1] Ainda em 1934, passando a dispor o diploma legal sobre as Juntas de Conciliação e Julgamento, posteriormente revogadas na EC nº 24/1999. (Cf. DALLA, 2016).

[2] Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. (Cf. BRASIL, Congresso Nacional, 1995).

[3] Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente [...] (Cf. BRASIL, Congresso Nacional. 2019).

Abordando então essa realidade, o estudo da possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa nos casos de erro médico que resulte em lesão corporal culposa se faz necessário. Entretanto, cumpre indagar: é possível aplicar a Justiça Restaurativa, verificando-se a voluntariedade das partes diante da quebra de confiança na relação médico-paciente e a diferença de conhecimento técnico entre autor e vítima?

Para responder a essa pergunta, no primeiro capítulo será abordada a lesão corporal culposa decorrente do erro médico e a previsão da eventual suspensão do processo e as repercussões no prazo prescricional.

Em seguida, passa-se a análise da justiça restaurativa como novo paradigma em detrimento da justiça retributiva, como forma mais desejada da mediação penal e a possibilidade de sua aplicação aos crimes de lesão corporal culposa.

Por derradeiro, questiona-se a eventual utilização da justiça restaurativa diante dos casos de erro médico configurados como lesão culposa, perpassando por seu procedimento e as nuances que as sessões restaurativas deverão ter diante da disparidade inicial entre as partes envolvidas: médico (dotado de conhecimento técnico e, não raro, com poder econômico maior) e paciente (sem expertise e, muitas vezes, com baixo poder financeiro).

Utilizou-se nessa pesquisa a revisão bibliográfica, com uso de obras jurídicas e do direito médico, e análise jurisprudencial, com abordagem qualitativa.

2.CONSIDERAÇÕES SOBRE O ERRO MÉDICO E A RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE

Como sabido, nem todo evento envolvendo o atuar médico e a produção de um resultado, necessariamente configurará erro médico.

Neste capítulo, passa-se ao breve estudo das modalidades de erro médico que podem vir a ocorrer, desafiando a responsabilização do profissional, distinguindo-a das hipóteses de iatrogenia e outras possibilidades que afastam o nexo de causalidade para, em seguida, abordar especificamente a produção da lesão corporal culposa.

O conceito de erro médico se baseia num ato, praticado pelo profissional, alheio às especificidades técnicas que é capaz de gerar prejuízos físicos e psíquicos a um paciente. A responsabilidade médica se caracteriza pela existência de três elementos: Imperícia, Imprudência e Negligência. Nestes termos, Genival veloso de França também conceitua o Erro

Médico como "*o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais.*" (FRANÇA, 2016, p. 258).

Antes mesmo de adentrar no tópico acerca da lesão corporal culposa médica, deve-se esclarecer que se está discutindo a falha médica dentro do aspecto da responsabilidade penal.

Dito isto, cabe salientar que nem todo resultado médico será considerado um erro médico. Existe na medicina resultados atípicos e indesejado, como destaca Luiz Roberto Londres: "*Sabemos que os maus resultados conhecidos não apresentam senão uma pequena parcela do que realmente ocorre (...) não é, portanto o erro médico o principal problema da medicina*." (1988, p. 523-524).

Com efeito, há de se perquirir se o evento danoso foi ocasionado por falha médica no exercício do seu *mister* ou, se no caso concreto se está diante de hipótese de iatrogenia, consistente em reações orgânicas adversas do corpo humano ao tratamento ao qual o paciente é submetido.

Quando se está diante de ofensa à integridade física ou a saúde mental da pessoa, tipifica-se o crime como Lesão corporal. O fato do médico lidar em sua maioria, com alterações nas condições físicas decorrentes de doenças, ou traumas, o profissional da medicina arca com o ônus de executar todo e qualquer procedimento no limiar de uma conduta de risco. Desta forma, maior perigo da atuação médica decorre de uma variável biológica. Nenhum paciente reage a procedimentos químicos ou cirúrgicos de maneira igual, por conseguinte podem surgir inúmeras complicações no decorrer de um tratamento, como os acidentes imprevisíveis e resultados incontroláveis.

Dessa forma tem-se três possibilidades: o dano dolosamente provocado pelo médico – que não será objeto do presente artigo – o evento lesivo decorrente da má prática médica, diante da inobservância de regra técnica, havendo imprudência, negligência ou mesmo imperícia do profissional – a partir da qual se discutirá nesse ensaio a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa em diferentes momentos, inclusive diante da já existente ação penal – e ainda a configuração da iatrogenia, sem responsabilização do médico em razão da inexistência de previsibilidade objetiva e possibilidade de evitação penal sujeito.

Distingue-se, nesse ponto, o erro médico punível do acidente imprevisível e do resultado incontrolável. O acidente imprevisível decorre da existência de um resultado lesivo, supostamente oriundo de um caso fortuito ou força maior, durante o ato médico ou em face dele,

porém sendo incapaz de ser previsto e evitado, não apenas pelo autor como por qualquer outro profissional em seu lugar. O resultado incontrolável seria o resultado de uma situação grave e de curso inexorável, ou seja, incapaz de ser detido. Decorreria da própria condição do paciente da evolução da patologia ou advinda dela. Nesse cenário tem-se a iatrogenia, assim definida por Bernan Luís Salazar Ureña e Roxana Quintana Rodríguez:

> III. IATROGENIA:
>
> Esta palabra proviene del griego "yatros" (“médicos") y de "genos" ("producir"), indicando lo producido por el médico o los medicamentos.
>
> Entre otros autores, López Bolado define a la iatrogenia como "...todo aquello ocasionado, de manera directa o indirecta por la actividad del médico, incluyendo secuelas de tipo colateral y adversas al paciente, que pueden ser pro de fármacos..."O sea, la misma es el resultado de una práctica médica llevada a cabo correctamente pero que por sí misma deja un defecto.
>
> El origen de las lesiones iatrogénicas puede ser diverso, pero son tres las causas fundamentales:
>
> 1. Debido al mismo enfermo, quien por su descuido, abandono o impaciencia produce complicaciones que de otra forma no hubieran aparecido.
> 2. Debido al medio hospitalario, en donde existe un alto grado de transmisión de enfermedades.
> 3. Debido al médico, cuyas maniobras o medicamentos pueden ser susceptibles de causar este tipo de daños.
>
> Importa recalcar que respecto de este tipo de lesiones no se deriva ningún tipo de responsabilidad legal por lo que no es punible. Se establece por vía de exclusión después de que un estudio exhaustivo permita desechar la idea de mala praxis; la investigación generalmente depara en un proceso penal, no puede haber responsabilidad penal toda vez que nos encontramos en presencia de un daño inevitable al margen de la falibilidad. (UREÑA; RODRÍGUEZ, 1994).

Decerto, se a causa do resultado danoso decorre de problemas externos à conduta do médico, quer em virtude do abandono do paciente ao tratamento indicado pelo médico (não segue suas orientações[4]), ou em razão da anatomia diferenciada do paciente, escapando ao conhecimento da literatura médica, como, por exemplo, uma reação adversa do seu organismo

[4] Como se vislumbra no seguinte julgado: PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO. ERRO MÉDICO. RÉU ABSOLVIDO. AUTOMEDICAÇÃO NÃO SUPERVISIONADA NO PÓS-OPERATÓRIO**.** PACIENTE QUE INGERE MEDICAMENTOS COM AÇÃO DEPRESSORA SOBRE O SISTEMA NERVOSO CENTRAL E O SISTEMA RESPIRATÓRIO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA MÉDICA OMISSIVA E O ÓBITO DO PACIENTE. SENTENÇA CONFIRMADA. 1 Réu absolvido da acusação de infringir o artigo 121, §§ 3º e 4º, combinado com o artigo 13, caput, e § 2º, do Código Penal. Insurge-se o Ministério Público pedindo condenação do réu porque teria sido omisso ao dar alta ao paciente e prestar escasso atendimento no pós-operatório, provocando morte. 2 A prova oral e pericial colhidas indicam que o paciente se automedicou com codeína, respiridona, alprazolam e lítio no primeiro dia de pós-operatório, medicações depressoras do sistema respiratório e do sistema nervoso central, que provavelmente lhe causaram a morte. Ele não informara ao médico que tivesse transtorno de bipolaridade e usava continuamente esses fármacos, tendo-lhe prescrito ansiolíticos e antidepressivos nos dez dias seguintes à cirurgia. A automedicação representou causa independente que acarretou por si só o resultado morte, não se podendo imputar ao médico omissão relevante na cadeia causal. 3 Apelação não provida. (TJ-DF 20150111104106 DF 0032354-84.2015.8.07.0001, Relator: GEORGE LOPES, Data de Julgamento: 14/12/2017, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 26/01/2018 . Pág.: 146-156)

a medicamentos administrados, dos quais não havia conhecimento prévio de sua existência (alergias), ou, por derradeiro, decorrente de falhas do próprio estabelecimento hospitalar, impossibilitando a prestação correta da atividade médica.

Sendo assim, o médico responde penalmente quando produz um dano ao seu paciente ao atuar de forma imprudente (atuar de forma positiva, violando um dever jurídico de cuidado), negligente (afronta a regra médica pelo não agir, se omitindo quando poderia e deveria fazê-lo) ou por imperícia (violação de regra técnica, de arte, ofício ou profissão, tanto de forma positiva quanto negativa, ou por não possuir o conhecimento específico da área para a qual se propôs a realizar o procedimento, ou ao se exceder nos seus limites).

Observa-se que nesse caso o profissional não quer o resultado, podendo sequer prevê-lo, embora o profissional médio estivesse apto a perceber o hipotético dano (culpa inconsciente) ou, mesmo prevendo a sua possibilidade, afasta mentalmente o risco, confiando em suas habilidades, acreditando que será capaz de impedir a produção do resultado lesivo (culpa consciente).

Não menos importante, cabe ressaltar que, de modo geral, o profissional médico já se encontra em situação frágil com relação a legislação penal, em virtude da previsão ainda da causa de aumento de pena diante da prática do crime culposo com violação da regra técnica, de arte, ofício ou profissão, como aduz Luiz Augusto Coutinho:

> Uma das características da culpa médica é a singularidade do tratamento penal que lhe é reservada. Assim, se um Homicídio ou lesão ocorre em decorrência de um mal atuar profissional, aplica-se de logo uma causa de aumento de pena prevista no parágrafo 4º do art. 121 ou na hipótese de lesão corporal parágrafo 7º do art. 129 do código penal (COUTINHO, 2006)

Como se nota, para a legislação penal, *ab initio*, basta a ocorrência do fato que, automaticamente, incidirá a causa de aumento de pena, o que configura, flagrantemente *bis in idem*. Independente da extensão da conduta, a previsão legal, por si, já cria motivo para aumento de pena, e induz um prévio julgamento, desnecessário e injusto. Entretanto, para se evitar a dupla punição pelos mesmos fatos, a jurisprudência tem exigido que a configuração do erro médico seja pautada na imprudência ou negligência e que seja demonstrada ainda a imperícia por fato diverso:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ART. 121, §§ 3º e 4º, DO CÓDIGO PENAL. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO INSERTA NO § 4º DO ART. 121 DO CÓDIGO PENAL. INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. "A imputação da causa de aumento de pena por inobservância de regra técnica de profissão, objeto do disposto no art. 121, § 4º, do Código Penal, só é admissível quando fundada na descrição de fato diverso daquele que constitui o

> núcleo da ação culposa" (STF, relator Ministro CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 10/3/2009, DJe de 15/5/2009). 2. Na hipótese, a denúncia consignou que a recorrente teria agido com negligência e imprudência, porquanto teria realizado "procedimento médico em local inapropriado (residência), sem recursos técnico-médicos de emergência, com produto (PMMA) considerado perigoso pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. Deixou, com isso, de observar regras técnicas de profissão". Extrai-se do excerto que a incoativa não declinou outro fator de discrímen - na linha dos precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal -, baseado em fato diverso do núcleo da ação que levou a vítima a óbito. 3. Recurso provido para decotar a majorante prevista no § 4º do art. 121 do Código Penal, com a consequente remessa dos autos ao Ministério Público para que avalie a possibilidade de oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2019.

Não obstante, a extensão dos danos ocasionados pela prática médica é ainda determinada pela possibilidade de recuperação do paciente. Por ser uma profissão de meio, nem sempre o resultado objetivado no início do tratamento pode ser alcançado.

3. CONTORNOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa busca a resolução dos conflitos penais através do diálogo, objetivando que as partes envolvidas no conflito tenham o poder de decidir, retomando a solução da celeuma pelos particulares, ao invés de deixar nas mãos exclusivamente do Estado a perseguição e punição do infrator.

Como bem salienta Jaccoud (2007), a Justiça Restaurativa é um modelo centrado no paradigma reparatório. Busca-se a reparação dos danos ocasionados à vítima decorrentes do ilícito, valorizando, portanto, sua voz, sem, contudo, retirar também o protagonismo do infrator. Ou seja: as partes diretamente atingidas pelo evento irão, voluntariamente, com o auxílio de profissionais (da psicologia, do direito, e de outros saberes, a depender do objeto discutido) e mesmo com a possibilidade da participação da comunidade, discutir o fato em si e suas consequências.

A vítima, portanto, terá a oportunidade de detalhar o que sofreu com a conduta do agente, os efeitos experimentados pelo crime. O autor do fato, por sua vez, poderá explanar suas impressões no momento da ação/omissão, inclusive destacando se houve ou não intenção no resultado, ou mesmo previsão da produção de eventual dano à vítima. As partes passam de mero objeto da justiça formal retributiva para protagonistas da solução do conflito.

Outrossim, cumpre destacar que a Justiça Restaurativa não é, propriamente, uma novidade, como assevera Louk Hulsman, tendo em vista que, notadamente nas comunidades primitivas, se percebe os mecanismos naturais da própria regulação social:

> A solução de problemas interpessoais em contextos privados acontece com muito mais freqüência do que se imagina. Quando num grupo, numa comunidade natural, surge um conflito mãos ou menos agudo, mais ou menos permanente, é comum os interessados, seus parentes, seus amigos procurarem uma maneira de desativar o conflito. Não raro somos chamados a intervir numa discussão entre vizinhos. Espontaneamente, tentamos aplanar certas dificuldades entre casais ou certos problemas de convivência entre pais e filhos. Procuramos desanuviar o ar, quando surge no trabalho uma situação tensa entre colegas ou companheiros. E, muitas vezes, em nossa própria vida, não pensamos em pedir conselho, ajuda, a mediação de alguém, para podermos aceitar um acontecimento doloroso, tomar uma decisão fundamental, iniciar um diálogo difícil?
> Esses "mecanismos naturais de regulamentação social" são empregados a todo momento e constituem fatores de desalienação. O fato de não estarmos mais sozinhos diante de um problema torna tal problema mais suportável. Procurar uma solução junto com os outros constitui, em si, uma atividade libertadora. (HULSMAN, 1993, p. 129).

Justamente em razão da crise do Direito Penal e as reflexões dirigidas pela criminologia crítica a partir, sobretudo, das décadas de 60 e 70 (Cf. SANTOS, 2008), que se retoma a mediação como mecanismo de solução do conflito penal.

A vítima no modelo atual (justiça formal), pautado na retribuição do mal causado pelo infrator, é apenas objeto de prova, sendo submetida aos processos de vitimização[5]; em contrapartida, na Justiça Restaurativa, é valorizada. Tem a oportunidade de, assim desejando, falar para o infrator o que vivenciou e este, por sua vez, passa a compreender o mal causado, ainda que sem intenção, podendo repará-la não apenas materialmente, como emocionalmente, havendo empatia e revaloração entre as partes.

Como leciona Howard Zerh (2012, p.27), a Justiça Retributiva fomenta a adversidade, o ataque e a defesa e não a reflexão sobre o mal provocado. A mediação, pautada no diálogo entre autor e vítima, propicia o desenvolvimento pessoal de ambas, além da imposição de uma sanção mais justa, que seja apta a satisfazer a vítima e ser compreendida pelo autor. Não há, portanto, a mera imposição, como na justiça tradicional. Hulsman destaca que há três formas de solução dos conflitos sem a intervenção do Estado:

> **5.5. A organização de encontros "cara-a-cara"**
> Há experiências em curso que mostram de que maneira poderiam ser **organizadas**, à margem do sistema jurídico estatal e complementando os mecanismos de controle naturais, formas de resolução de conflitos baseadas em encontros cara-a-cara.
> [...] De qualquer forma, algumas ideias, lançadas naquele momento estão em vias de experimentação em diversos locais. Existem várias fórmulas. Há uma, já funcionando há uns dez anos, para questões penais de pequena monta. Trata-se de uma espécie de **confronto** organizado pela polícia. Antes da questão ser encaminhada aos tribunais,

[5] Dessa forma, ela sofre com o processo de vitimização primária – por figurar como sujeito passivo de um crime – com a vitimização secundária – no momento em que temos um processo penal que a trata como prova, sendo, ainda, demasiadamente longo – e a vitimização terciária – em que o indivíduo é desrespeitado pela própria sociedade que, não raro, a responsabiliza por ter sofrido uma agressão (Cf. HASSEMER; CONDE, 2008, p. 131-133). Hoje, fala-se inclusive em vitimização quaternária, em que ela passa a se culpar por ter sido sujeito passivo de um crime.

> as pessoas que deram a notícia do fato são convidadas as se encontrar com seus adversários e a se questionar se realmente querem que seu problema entre no sistema penal. Nos lugares onde a experiência se desenvolvia, quando tive conhecimento dela, eram estudantes de direito que encaminhavam os confrontos. Normalmente, estes culminavam numa espécie de compromisso.
> [...] Outra fórmula é a do procedimento de arbitragem. Algumas questões são levadas diretamente a um conciliador, seja porque as pessoas assim o decidem, seja porque são encaminhadas por organismos de assistência social de proteção de menores, ou por outras organizações, como as formadas pela Igreja, para resolver conflitos internos. Os conciliadores recebem um treinamento que os prepara para intervir em conflitos. O conciliador ouve as pessoas separadamente, prepara uma espécie de compromisso e apresenta sua proposta a cada um dos interessados, eventualmente modificando-a até que seja aceita por todos.
> A terceira fórmula me parece de longe a melhor. Trata-se dos *community boards*, formados por um grande número de conciliadores totalmente diferentes daqueles da fórmula anterior. Estes conciliadores formam comissões *ad hoc*, compostas de membros escolhidos de acordo com as pessoas que solicitam a intervenção do *Community board*. Se o conflito se dá entre portorriquenhos ou entre mexicanos, há pelo menos um portorriquenho ou um mexicano na comissão; se o conflito opõe um homem a uma mulher, terá que haver ali um homem e uma mulher, se o conflito se desenvolveu entre um comerciante e jovens, terão que estar ali um comerciante e jovens. (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 133-134).

Insta salientar que a obra retromencionada data, originalmente, de 1982, conferindo enfoque na importância do diálogo para a solução do conflito penal, seja diante do confronto entre as partes, quer mediante a arbitragem ou ainda a mediação com a instituição do *community board*, que consiste no modelo da Justiça Restaurativa. Cumpre registrar ainda que a ONU traz as metas da Justiça Restaurativa:

> Process goals include the following:
> Victims who agree to be involved in the process can do so safely and come out of it satisfied;
> Offenders understand how their action has affected the victim and other people, assume responsibility for the consequences of their action and commit to making reparation;
> Flexible measures are agreed upon by the parties which emphasize repairing the harm done and, wherever possible, also address the reasons for the offence;
> Offenders live up to their commitment to repair the harm done and attempt to address the factors that led to their behaviour;
> and, The victim and the offender both understand the dynamic that led to the specific incident, gain a sense of closure and are reintegrated into the community. (UNITED NATIONS, 2006)[6]

Percebe-se, pois, que dentre os valores a serem alcançados pela Justiça Restaurativa está o reconhecimento dos erros cometidos pelo infrator. Contudo, a Justiça restaurativa não está livre de críticas. A principal dificuldade enfrentada para a aceitação da Justiça Restaurativa

[6]Tradução livre dos autores: "Os objetivos do processo incluem os seguintes: – Vítimas que concordam em estar envolvidas no processo podem fazê-lo de forma segura e sair satisfeita; – Ofensores compreenderão como suas ações afetaram as vítimas e outras pessoas, assumindo a responsabilidade pelas consequências de suas ações e comprometem-se em reparar seus efeitos; – Medidas flexíveis são acordadas pelas partes as quais enfatizam a reparação do dano e, sempre que possível, adicionam as razões da ofensa; – Ofensores firmam o compromisso de reparar o dano e atentar aos fatores que levaram ao seu comportamento; – E, a vítima e o ofensor irão compreender a dinâmica que os conduziu ao incidente específico, adquirindo senso de encerramento e de reintegração à comunidade."

consiste, segundo Álvaro Pires (2004, p. 39-64), na concepção telescópica de sistema penal que se possui. A comunidade está condicionada a compreender que todo o sistema penal está pautado na exigência de um comportamento e a imposição de uma sanção correspondente (compensa-se o mal provocado com a imposição de outro mal).

Haveria a necessidade, por conseguinte, da manutenção da função retributiva da pena e mesmo das funções preventivas, o que é rechaçado por Selma Santana (2010, p. 181-182), pois a justiça formal falha em selecionar, de fato, os bens jurídicos mais importantes, aptos a merecerem a proteção penal; ademais, a sensação de impunidade que permeia a sociedade e a seletividade do sistema penal atual, também afastam o argumento da manutenção das funções preventivas do Direito Penal.

Outro óbice apontado à adoção da Justiça Restaurativa reflete a possível afronta às garantias processuais penais. Porquanto haja tal ofensa pela própria justiça formal, notadamente por se ter partes desiguais (estado *versus* particular), a Justiça Restaurativa, ao viabilizar o diálogo entre as partes, as coloca em mesmo nível de igualdade, sendo conferida a ambas a possibilidade de demonstrarem suas insatisfações e apresentarem os elementos de prova, buscando um acordo-equitativo (SICA, 2007, p. 123), diferentemente do processo penal formal.

A última crítica se refere à possibilidade de manipulação do acordo, através do uso de linguagem mais complexa por uma das partes.

Nesse sentido, a própria justiça tradicional já traz esse risco, notadamente em razão do uso de termos jurídicos pelos atores do processo, alijando da discussão a vítima e, muitas vezes, o próprio infrator, que, não raro, é condenado sem sequer ter noção exata daquilo que atribuíam a ele. Nesse ponto a resolução 225/2016 do CNJ vem relativizando o sistema, permitindo a existência e aplicação, em certos casos específicos, da Justiça Restaurativa.

Por fim, cabe ressaltar que o projeto de novo projeto de código de processo penal não objetiva a composição por meio da Mediação ou justiça restaurativa. O projeto, apesar de prever uma série de novas ações por parte do juiz ou conciliador, já deveria esclarecer formas mais adequadas com a devida observação na Resolução n.225/2016 do CNJ, que fundamentada na vontade das partes, seria mais uma das formas alternativas de solução de conflitos. Tais opções não devem ser restritas unicamente ao cimento da letra da Lei, pois sua principal característica se baseia na vontade das partes envolvidas, sem entraves legais, ou prejuízos.

A finalidade da justiça restaurativa é corrigir de forma eficaz o dano previamente provocado, refazendo uma releitura da punição como vingança, tendo por instrumento o

diálogo; através da mediação, as partes terão a possibilidade de se conciliarem, havendo a devida reparação do dano provocado. Leonardo Sica, a respeito das perspectivas da justiça restaurativa cita:

> Como se propõe a alteração de paradigma, importa redefinir a noção de comportamento criminal. (...). A justiça restaurativa enfoca as consequências do crime e as relações sociais afetadas pela conduta. Na justiça Penal como já foi dito, o crime (objeto) é uma infração da norma penal e contra o estado, reconhecido como ofensa do indivíduo contra o estado; na restaurativa o crime é um ato, uma ação que causa dano a outra pessoa ou a comunidade(dano não necessariamente material) e como um conflito interpessoal, logo , é reconhecido o próprio valor do conflito (BERISTAIN, 2000) como elemento caro a evolução e compreensão das inter relações sociais.

Sendo assim, se presentes, num caso qualquer, os pressupostos de admissibilidade do processo restaurativo, sob o ponto de vista jurídico, nada impediria sua real aplicação e sua validade entre as partes envolvidas.

4. A RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL CULPOSA POR ERRO MÉDICO.

Iniciando a discussão sobre a relação médico paciente e a possibilidade da aplicação da Justiça Restaurativa nos crimes de lesão corporal culposa, objetiva-se nesse capítulo discutir o caráter da relação médico-paciente, pautada na confiança, para só depois qualificar as condições da aplicação da mediação no erro médico com base nas referências previstas no projeto de Lei que cria o novo código de processo Penal.

O parágrafo sexto[7] do artigo 129 do código penal regula a lesão corporal culposa e, pelo quantitativo da pena, trata-se de infração de menor potencial ofensivo, mesmo com a incidência da causa de aumento de pena prevista no parágrafo sétimo[8], admitindo-se, portanto, a transação penal. Entretanto, como determina a Lei 9099/95[9], celebrada a transação penal, fica impedido o beneficiado de recorrer à outra transação, ou suspensão condicional do processo ou

---

[7] **Lesão corporal** Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. [...] **Lesão corporal culposa** § 6° Se a lesão é culposa: (Vide Lei nº 4.611, de 1965)Pena - detenção, de dois meses a um ano.

[8] **Aumento de pena** § 7º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se ocorrer qualquer das hipóteses dos §§ 4º e 6º do art. 121 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 12.720, de 2012)

[9] Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.[...] § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:[...] II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; [...] § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

acordo de não persecução penal pelo prazo de 05 (cinco) anos, o que poderá ocasionar futuros prejuízos ao profissional.

Ademais, para a vítima, é extremamente frustrante não ter sua voz respeitada, sendo firmado, muitas vezes, o acordo entre o órgão acusatório e o suposto infrator sem a participação da vítima ou a despeito da opinião desta, provocando danos emocionais com a lembrança do evento mais uma vez, sem se sentir, ao final, devidamente compensada ou amparada.Dessa forma, a Justiça Restaurativa apresenta-se como alternativa mais adequada para a solução do conflito, trazendo pacificação para ambas as partes, como visto no capítulo anterior.

Todavia, conforme *ex vi*, surge especificamente na situação em comento um desafio extra: como realizar a sessão ou sessões restaurativas quando há a ruptura da confiança na relação médico-paciente em razão da lesão provocada.

4.1. PRINCIPAIS DESAFIOS: O USO DE LINGUAGEM TÉCNICA, A QUEBRA DE CONFIANÇA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E A NECESSÁRIA REVALORAÇÃO DAS PARTES

Uma das críticas dirigidas no capítulo 03 à Justiça Restaurativa versou sobre a possibilidade de manipulação de um acordo, tendo em vista a disparidade, muitas vezes econômica, além de técnica, entre o autor (médico) e a vítima (paciente).

Quando se trata de lesões praticadas por médicos, indubitavelmente parte-se, muitas vezes, para questões de hipossuficiência do paciente, ou desconhecimento técnico do assunto a ser abordado. Sendo assim, o mediador restaurador deverá abordar de imediato as questões do dano, utilizando linguagem mais acessível para explanar para a vítima o ato em si e suas consequências.

Dessa forma, ao longo dos séculos, a discussão acerca da função simbólica da linguagem tornou-se de extrema relevância. Tem-se, destarte, o uso da linguagem como meio de dominação e legitimação da permanência de um determinado grupo no comando de uma sociedade. Assim sendo, apenas as pessoas balizadas interpretam e extraem deste exercício o "real" significado de algo, transmitindo o que é verdade e o que não é. Todorov (1978), assevera que na interpretação patrística, a linguagem é utilizada como instrumento de manipulação.

Com efeito, seguindo as reflexões do autor, as ambiguidades da linguagem existem para que apenas os aptos possam traduzir seus símbolos e desnudar seu conteúdo. Todorov,

analisando a patrística à época de Santo Agostinho, busca traçar as razões para a função simbólica da linguagem:

> Podemos aqui distinguir três razões. A primeira (que não é muito freqüente nos textos de Agostinho) **é que a expressão simbólica protege a palavra divina do contato com os ímpios; a obscuridade desempenha aqui um papel selectivo, permitindo afastar e neutralizar os não iniciados**. As outras duas razões, invocadas mais freqüentemente, vão, em certos aspectos, em sentidos opostos (TODOROV, 1978, p. 112).

Por conseguinte, podemos afirmar que a linguagem pode ser instrumento de manipulação; é, conforme *ex vi*, lhe conferido um significado de acordo com os interesses das instâncias oficiais do poder. Entretanto, essa mesma crítica, como já visto, também é aplicada à justiça formal. Caberá, portanto, aos mediadores auxiliar as partes na compreensão dos fatos, a fim de evitar que a vítima, muitas vezes, celebre um acordo que lhe é desvantajoso, por não compreender os exatos termos do que era discutido.

Por isso, para que seja possível a aplicação da Justiça Restaurativa, caberá ao mediador, especial papel na possível conciliação, para que auxilie na compreensão de todos os fatos e que se evite fuga ao tema diante do grau emotivo relacionado ao evento. A presença de psicólogos, peritos e advogados será também importante.

Aos profissionais do direito, a discussão fundamentada na matéria fática, sem teorias rebuscadas ou condutas antiéticas que provocassem a desistência da mediação. Como visto anteriormente, a manutenção da intenção de restaurar, deve prevalecer, mesmo quando os danos lesivos, possam parecer extensos. Neste ponto, Renato Sócrates Gomes Pinto leciona:

> As partes devem ser informadas, de forma clara, que se trata de uma ferramenta alternativa, posta a disposição delas, e sua aceitação , que pode ser revogada a qualquer tempo, deverá ser sempre espontânea. A participação deverá ser estritamente voluntaria. (PINTO, 2008, p. 198)

A informação total, com linguagem acessível, é fundamental para que o sujeito passivo entenda o contexto do fato e mesmo se deseja o encontro restaurativo (valorização das partes). Uma vez aceita a participação na sessão restaurativa, há de se explicitar o evento de forma clara, bem como as razões do médico e sua compreensão sobre os atos no momento de praticá-los. Repise-se: a Justiça Restaurativa objetiva a revaloração das partes, e o diálogo franco, aberto e compreensível é essencial para que as partes curem suas feridas emocionais.

Tendo em vista que se trata de uma relação médico paciente, a verificação da voluntariedade das partes exige um cuidado ainda maior. Não obstante, um dos maiores problemas encontrados nas causas médicas é de fator também psicológico. A relação médico-paciente, por se tratar de uma questão de confiança, interfere diretamente na capacidade de

compor o litigio e por conseguinte, de se obter um acordo judicial e mesmo extrajudicial para que se conclua a celeuma. O crime de lesão corporal culposa pode ocorrer em distintos graus (leve ou grave), e a percepção da vítima de que foi prejudicada pelo médico representa, de *per si*, um grave entrave ao diálogo.

Atualmente não há um ato médico no qual o profissional não embase sua conduta sob os quatro princípios básicos da bioética: beneficência, não maleficência, justiça e autonomia. A bioética principialista têm norteado nas últimas décadas as discussões e decisões sobre diversos dilemas éticos, inclusive e principalmente na área prática da relação médico-paciente.

Para Andrea Capara e Anamelia Lins e Silva, *"A superação do modelo paternalista e informativo para o comunicalista trouxe uma mudança comportamental nos médicos como nos seus pacientes"*(CAPARA; SILVA, 1999, p. 651). Criou-se um vínculo maior e consequentemente um relacionamento mais pessoal, contudo esse sentimento nem sempre permanece nos casos em que uma das partes sofre algum tipo de dano.

Ao analisar o relacionamento médico-paciente, a primeira barreira a ser vencida na tentativa de solução de conflitos penais, civis, e até mesmo extrajudiciais é o esvaziamento da confiança. Todo o relacionamento subsiste com base na confiança entre as partes, seja num acordo, ou mesmo num contrato o qual existem interesses mútuos. No relacionamento médico-paciente não há diferença. O fato que acarreta um prejuízo a qualquer das partes envolvidas, desintegra, *a priori*, qualquer possibilidade de negociação entre os litigantes. Todavia, devem-se preservar todos os critérios fundamentais da mediação para tentar derrubar a primeira barreira psicológica existente.

Ao adentrarmos no aspecto psicológico da relação, conclui-se que o médico possui relativa superioridade cognitiva na determinação dos meios necessários ao efetivo tratamento da doença em questão. Diante disso, o paciente cria expectativas, e a esperança de resolução de seu problema confiando na capacidade técnica do profissional contratado.

No momento em que se caracteriza o prejuízo à pessoa do paciente, toda a confiança na capacidade e no intelecto do médico se esvai. De fato, são raros os casos nos quais o paciente qualifica a conduta do médico como confiável ou mesmo capaz de permitir um novo procedimento sugerido. Vencendo este primeiro impasse, caberia ao profissional médico, no caso um perito contratado, realizar a avaliação dos reais danos físicos sofridos, sendo obrigatório a especialidade do profissional especializado.

Nesse sentido, a presença de psicólogo na sessão restaurativa e de um perito médico (a ser indicado pelas partes, ou mesmo, trazido por cada uma das partes), permitirá que a vítima entenda o que lhe ocorreu e o próprio médico poderá apresentar suas percepções e escolhas no momento do encontro. Isso permitirá a confiança no que cada um apresenta na sessão.

O segundo impasse que poderia ocorrer se refere ao sentimento de revanchismo, a tentativa de prejudicar o profissional em sua capacidade financeira e mesmo obter um lucro indevido (muito além do que seria razoável em casos semelhantes).

Interessante abrir um parêntese quanto à própria previsão da audiência de conciliação determinada no art. 334[10] do código de processo Civil para a justiça formal, pois não deve se resumir a simples pergunta sobre a possibilidade de acordo entre as partes. De fato, para se obter uma real possibilidade de reparação com ênfase na revaloração das partes, a sessões devem conter o intuito maior de resolver a situação imediata do paciente, excluindo a ideia de revanchismo intrínseca do sujeito que foi prejudicado por outro. Os mediadores devem evitar a imediata negação da possibilidade e criar o ambiente de resolução da demanda. Para Humberto Dalla e Juliana Jarczun:

> A real conciliação traz ínsita a noção de pacificação. É algo bem diverso da simples atividade de compor monetariamente a disputa, chegando a um valor que, se não agrada plenamente os interessados, mostra-se uma solução atrativa. A atual sistemática dos juizados especiais não traz um mecanismo apto a propiciar essa verdadeira conciliação. Isso só deve ocorrer quando estiver estruturada uma justiça restaurativa. (DALLA; JARCZUN, 2015, p. 47).

Obviamente o interessa as partes a resolução pacífica da matéria. Ambas devem estar dispostas a transigir, para que não apenas a celeridade seja alcançada, mas para que o conflito, na presente esfera, seja totalmente resolvido, no âmbito financeiro e, principalmente e mais importante, emocional.

O acordo exclusivamente financeiro, nos casos relativos a danos físicos reparáveis foge ao espectro da mediação, devendo ser a última das soluções, pois o objeto é a restituição da capacidade física laborativa e psíquica do paciente que foi prejudicado e, não raro, a mera compensação financeira não atende na totalidade a demanda.

---

[10] Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

4.2 DA(S) SESSÃO(ÕES) RESTAURATIVAS: MOMENTO DE SUA REALIZAÇÃO, A PRESENÇA DO PERITO E CONSEQUÊNCIAS PARA A JUSTIÇA FORMAL

Ab initio, curial destacar que o encontro restaurativo pode ser realizado em diversas sessões. Ou melhor: diferentemente da arbitragem ou de uma reunião de conciliação, na Justiça Restaurativa, prima-se pela compreensão das partes, e da reparação dos danos, físicos e emocionais das partes. Pode, portanto, ocorrer em uma única sessão, ou em várias. Não se busca o acordo pelo acordo.

Outrossim, a medicina é, notadamente, uma profissão que poderá pôr em risco a vida e a saúde de outra pessoa. A aplicação de um mesmo procedimento técnico para o tratamento de uma mesma patologia em duas pessoas diferentes, poderá levar a dois resultados diferentes. Sendo assim, a conduta do profissional, antes da própria determinação do suposto crime de Lesão corporal deverá ser analisada.

A prova de materialidade do fato exige a realização do exame e corpo de delito, direto ou indireto. Sendo assim, a necessidade de levantamento de provas iniciais que justifiquem o ato médico, acusador da existência de Lesão Corporal, deverá ser considerado na mesa dos encontros restaurativos.

Como se sabe, o sistema acusatório valorou a perícia como instrumento de interesse das partes antes que do juiz, inexistindo a adoção do sistema tarifado de provas; não obstante, como destaca Aury Lops Jr. em observância ao artigo 182[11] do CPP, o juiz não fica adstrito ao laudo pericial, prevalecendo o princípio do livre convencimento motivado:

> [...] O juiz é o *peritus peritorum* (LEONE), sem com isso admitir alguma presunçosa capacidade de onisciência por parte do julgador, senão sua independência axiológica e, ao mesmo tempo, o correspondente dever de motivar sua decisão à luz da prova válida produzida no processo. (LOPES JR., 2020, p. 470).

E prossegue, definindo a prova pericial: "*A prova pericial é considerada uma prova técnica, na medida em que sua produção exige o domínio de determinado saber técnico."*. Citando Moreno Catena, o autor ainda destaca: *"... o perito é uma pessoa com conhecimentos científicos ou artísticos dos quais o juiz, por sua formação jurídica especifica, pode carecer*." (LOPES JR., 2020, p. 471).

[11] Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte. (Cf. BRASIL, Congresso Nacional, 1941).

Ocorre que, a despeito do quando aduzido no mencionado art. 182 do CPP e mesmo no arcabouço principiológico acerca das provas no processo penal, o laudo técnico ganha destaque nas causas médicas.

A perícia deverá ser uma das provas para elucidar o fato causador do dano, mas também será fundamental para delimitar a existência do erro médico. Entendendo que o objeto da celeuma pode ser composto, e as partes têm o interesse na solução do conflito, uma vez que se pode determinar até que ponto houve o erro médico, poder-se-ia compor de maneira menos formal a solução, seja ela pecuniária ou mesmo a realização de um novo procedimento. A justiça restaurativa, seria eficaz nesse sentido pois trataria de um acordo extrajudicial onde se saberia não apenas a precisão e extensão do fato causador da lesão, como permitiria às partes a compreensão real do quanto vivenciado por todos os sujeitos envolvidos no evento.

O fato é que a perícia técnica também teria o objetivo de determinar a existência ou não de culpa da parte acionada. Como citado anteriormente, a inexistência de culpa gera o fato atípico (iatrogenia). Sendo assim, a prova é fundamental para determinar se houve de fato um erro médico é a prova produzida pela perícia técnica, particular ou mesmo pública, sem, entretanto, descuidar das advertências trazidas por Aury Lopes Jr., quanto à própria subjetividade do perito na confecção de seu laudo (2020, p. 470).

É dizer: na discussão acerca da configuração do erro médico, deve-se fazer uso, sempre que possível, da prova pericial. Aqui, o laudo ganha importância maior que em outras discussões de ilícitos penais. Não obstante, não se pode, de igual forma, considerar o laudo como uma verdade absoluta e o perito um ser "sobre-humano", incapaz de se deixar contaminar por suas experiências prévias, suas pré-compreensões, como ocorre com qualquer julgador. Nas lições de Franco Cordero (1986, p.51), acerca do primado da hipótese sobre os fatos e a edificação dos quadros mentais paranoicos, surgindo no julgador a busca incessante pela verdade real, esquecendo-se de seus pré-julgamentos (oriundos de suas experiências de vida), em que termina, muitas vezes, investigando, acusando e, posteriormente, julgando, em um acúmulo irracional de funções[12]. As reflexões podem ser utilizadas também na figura do perito.

[12] *La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi ao lavorìo poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fatti': chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente a garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l'há intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi.* Tradução livre dos autores: A solidão na qual trabalham os inquisidores, nunca expostos ao contraditório, fora das grades dialéticas, pode ser benéfica para o trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranóicos. Vamos chamá-los de 'primazia da hipótese sobre os fatos': quem investiga segue um, às vezes de olhos fechados; nada garante mais fundamentado do que as alternativas possíveis, nem este mister

Com efeito, a partir dessa constatação pericial, ter-se-ia condições de, na sessão restaurativa, discutir se houve, de fato, dano, nexo causal, e mesmo dolo/culpa do agente. Caso contrário, sequer seria possível abordar qualquer responsabilidade. A extensão dos danos sofridos pelo paciente estaria restrito ao ato praticado, observadas as situações imprevisíveis da pratica médica, como o acidente imprevisível e do ato com resultado incontrolável citadas no item 2.1 deste trabalho.

Destarte, presentes na(s) sessão(ões) restaurativa(s) as partes, advogados, peritos, psicólogos, além do próprio mediador, se irá auxiliar as partes à produção de um acordo que as revalorize (se, efetivamente, desejarem um acordo). O ajuste poderá, por exemplo, contemplar a prestação de serviços médicos em duas esfera: a) realização de novo procedimento cirúrgico pelo mesmo médico, acompanhado de terceiro, neste caso, outro médico ou junta médica especialista, após os exames os quais permitirão alcançar o objetivo da primeira cirurgia; ou b) realização de novo procedimento por outro especialista, acompanhado de parecer especifico de resultado, cujos recursos serão providenciados pelo próprio acusado. Podem ainda as partes ajustarem um pedido de desculpas e uma indenização por danos morais e materiais ou mesmo, se sentirem satisfeitas com apenas a justificativa dos fatos pelo autor. Dependerá, exclusivamente, do que desejarem.

Quanto aos danos morais e materiais, o projeto do código de processo penal (Lei 8045/2010), em seu art. 81e 82[13], já prevê a composição dos danos morais na esfera penal, de forma que o processo, no que tange a necessidade de apuração do dano moral de prova não acostada à denúncia, será remetida a questão ao juízo cível.

Entretanto, a Justiça Restaurativa, de forma mais célere, permitirá que as partes ajustem entre si os valores que entenderem mais razoáveis, podendo o mediador indicar os valores observados em processos judiciais.

Por fim, é crucial destacar que o acordo restaurativo deverá produzir efeitos na justiça formal. Nas lesões corporais culposas, de acordo com o artigo 88 da Lei 9099/95, a ação penal é pública condicionada à representação, e o acordo restaurativo implicará na renúncia ao direito

estimula o cuidado autocrítico; uma vez que todas as cartas do jogo estão em sua mão e é ele quem iniciou, ele está apostando na 'sua' hipótese". (CORDERO, 1986, p. 51).

[13] Art.81 §1º "O arbitramento do dano moral será fixado na sentença condenatória [...] Art. 82 parágrafo Único. Quando o arbitramento do dano moral depender de prova de fatos ou circunstancias não contidas na peça acusatória ou a sua comprovação puder causar transtornos ao regular desenvolvimento do processo penal, a questão deverá ser remetida ao juízo civil, sem prejuízo no disposto no inciso II do art. 475-N do Codigo de processo Civil.

de representação. Quando a sessão restaurativa ocorrer com o processo penal já instaurado (recebida a denúncia), há de se compreender como especial causa de redução da pena.

Em verdade, o justo seria o arquivamento do processo. Entretanto, como sabido, não há previsão no código de processo penal para a Justiça Restaurativa .Assim sendo, por ora, lamentavelmente, o acordo restaurativo implicaria apenas em redução da pena, aplicando-se a causa de diminuição do artigo 66[14] do código penal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto conclui-se que a Justiça Restaurativa se apresenta como via autônoma para a resolução dos conflitos penais, devendo ser aplicada, inclusive, para os casos de erro médico.

Não obstante as críticas dirigidas à Justiça Restaurativa, observa-se que o apoderamento do conflito pelas partes diretamente envolvidas produz decisões mais satisfatórias e é capaz de produzir efeitos mais benéficos ao autor e a vítima.

Através da(s) sessão(ões) restaurativa(s) será possibilitado que o médico e o paciente explanem as experiências e percepções extraídas dos fatos; desde a conduta adotada pelo profissional e sua real intenção, dificuldades enfrentadas no caso concreto, até a derradeira decisão que pode ter provocado o dano. A vítima, por sua vez, passa a ter voz e ser protagonista da resolução do conflito, explicitando seus sentimentos e a extensão dos danos vivenciados, a nível físico e, sobretudo emocional.

O excesso de ações criminais por lesões corporais culposas, ocasionando acordos de transação penal com o Ministério Público, não raro, deixam a vítima de lado, sentindo-se o sujeito passivo abandonado e incompreendido; as eventuais condenações, por sua vez, não representam para o profissional de saúde o sentimento de justiça, porquanto sequer compreende, muitas vezes, que cometeu um erro médico, e, inclusive, pode até ser punido sem ter, de fato, infringindo uma regra técnica.

O diálogo entre as partes, de forma franca e direta, permitirá a ambos a exata compreensão dos eventos e seus desdobramentos, possibilitando a revaloração. Para tanto, é essencial a presença de mediador capacitado em tais questões, auxiliado por psicólogos, profissionais do direito e, sobretudo, peritos, para que haja a identificação técnica da existência

[14] Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

de erro médico, ou seu afastamento, concluindo-se ter ocorrido iatrogenia, não punida criminalmente.

Outrossim, os *experts* irão ainda auxiliar no esclarecimento dos termos técnicos, equiparando a balança entre as partes, pois o médico detém o saber especializado e, não raro, poderá ter uma posição financeira superior à do paciente. Ademais, com o dano, há uma ruptura da confiança na relação médico-paciente.

Os peritos irão ajudar a explicar os fatos para a vítima, que poderá, inclusive, restaurar sua confiança no médico, autor do procedimento.

Dessa forma, alcançado o acordo restaurativo (que pode ser financeiro, mas, sobretudo, deve ser emocional), se não iniciada a ação penal, ocasionará a renúncia ao direito de representação da vítima. Se deflagrada a Ação Penal, há de representar especial causa de diminuição de pena.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL, Congresso Nacional. **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. **Código Penal.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > Acesso em: 23 out 2022.

BRASIL, Congresso Nacional. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm > Acesso em: 23 out 2022

BRASIL, Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 23 out 2022.

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> Acesso em 23 out. 2022

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > Acesso em 23 out. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RHC: 115089 SP 2019/0195421-3**. Relator: Ministro Ântonio Saldanha Palheiro. Data de Julgamento: 20/08/2019, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 03/09/2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **20150111104106 DF 0032354-84.2015.8.07.0001**. Relator: George Lopes. Data de Julgamento: 14/12/2017, 1ª Turma Criminal. Data de Publicação: Publicado no DJE : 26/01/2018

CAPARA, Andrea; Franco, Anamelia Lis e Silva. **A relação paciente-médico: para uma humanização da prática médica.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v15n3/0505.pdf> Acesso em: 23 out 2022.

CORDERO, Franco. **Guida allá procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

COUTINHO, Luiz Augusto. **Responsabilidade penal do médico.** Curitiba: Juruá, 2006.

DALLA, Humberto; JARCZUN, Julliana. **Algumas questões processuais debatidas nos juizados especiais criminais.** Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume24/volume24_37.pdf> Acesso em: 23 out. 2022

DALLA, Humberto. **O marco legal da mediação no Brasil.** Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/448182904/o-marco-legal-da-mediacao-no-brasil> Acesso em: 23 out. 2022

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introdução à criminologia**. Tradução, apresentação e notas por Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 131-133.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão.** Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

JACCOUD, Mylène**. Innovations pénales et justice réparatrice**. Champ penal = Penal field, [online], SÉMINAIRE INNOVATIONS PÉNALES | 2008. Disponível em: <https://journals.openedition.org/champpenal/1269>. Acesso em: 23 out.2022.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina, **A influência do novo CPC e da Lei de Mediações no Juizados especiais Criminais**. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2016.

PINTO, Renato Sócrates Gomes, Justiça restaurativa é possível no Brasil? *In:* **Justiça Restaurativa.** Disponível em: < https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf > Acesso em: 23 out. 2022

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos estudos Cebrap**, São Paulo, n. 68, mar. 2004

SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça restaurativa**: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TODOROV, Tzvetan. **Simbolismo e interpretação**. São Paulo: 70, 1978.

UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crimes. **Handbook on restorative and justice programmes**. New York, 2006.

UREÑA; Bernan Luis Salazar; RODRÍGUEZ, Roxana Quintana. **La mala praxis: responsabilidad penal del profesional en medicina**. Disponível em: <https://www.binasss.sa.cr/revistas/mlcr/v10n2v11n1/art7.pdf> Acesso em 23 out. 2022

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**: teoria e prática. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 27.