

2016 - 08 - 03

## Revista Brasileira da Advocacia

2016

RBA VOL.0 (JANEIRO-MARÇO 2016)

DOCTRINA

DIREITO CIVIL

2. O MÉDICO E O ADVOGADO - ALGUMAS REFLEXÕES

## 2. O médico e o advogado - algumas reflexões

---

### The doctor and the lawyer - some thoughts

FERNANDO CAMPOS SCAFF

*Livre-Docente, Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Professor Titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP. Advogado. fcscaff@cscscaff.com.br*

#### Sumário:

- 1 Introdução
- 2 Os objetivos
- 3 As distorções
- 4 O confronto
- 5 A síntese
- 6 Bibliografia

**Área do Direito:** Civil

#### Resumo:

Trata este artigo de algumas características próprias à atividade do médico e em relação àquela do advogado, confrontando suas semelhanças e distinções. Indica também as mudanças na abordagem na atuação médica ao longo do tempo e o aumento dos chamados deveres laterais aos quais estão submetidos os médicos. A partir daí, o texto menciona o aumento da responsabilização civil à qual estão submetidos, em especial, os médicos dentre aqueles que exercem profissões ditas liberais e formula alguns questionamentos e críticas sobre as consequências dessa situação, bem como algumas hipóteses de soluções alternativas.

#### Abstract:

This article covers certain aspects of the medical activity and compares them to those of lawyers, analyzing their similarities and distinctions. It also points out to the changes in the approach to medical performance over time and the increase of so-called lateral duties to which doctors are subject. From there the text mentions the increase in civil liability to which physicians are subject - more so than others among the so called "liberal professions" - and formulates questions and criticism about the consequences of such scenario as well as some hypotheses of alternative solutions.

**Palavra Chave:** Responsabilidade civil - Advogado - Médico - Atividade profissional.

**Keywords:** Liability - Lawyer - Doctor - Professional activities.

#### 1. Introdução

A cada ano, milhares de alunos buscam, em nossas universidades, cursos que tradicionalmente mantêm um grande poder de atração. Refiro-me, especificamente, àqueles existentes nas faculdades de engenharia, de medicina e de direito.

São várias as carreiras profissionais que posteriormente poderão ser seguidas pelos alunos formados em tais faculdades. Neste texto, pretendo fazer algumas comparações entre as características de duas delas em especial e sob a perspectiva da atividade exercida pelos chamados profissionais liberais.

Refiro-me, pois, às profissões do médico e do advogado.

Cada uma delas pressupõe o estudo de assuntos bastante diferentes e estabelece métodos de análise também muito distintos. Em razão disso, devem atrair, pelo menos em tese, pessoas com interesses variados e que, de alguma forma, estruturarão a sua vida, o seu trabalho e a sua particular visão de mundo em conformidade não só com o conhecimento acumulado, mas com essas suas próprias aptidões e gostos já existentes.

Há, contudo, alguns fenômenos que demonstram que tais realidades, isto é, aquela vivida pelo médico e a enfrentada pelo advogado, não são totalmente segregadas uma da outra, mas podem - e me parecem, devam - ter pontos de interligação e de comparação permanentes, no sentido de que algumas das práticas adotadas em uma delas possam melhorar o desempenho e a utilidade social da outra.

De fato, durante a minha atuação como professor na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, tenho observado, ao longo dos anos, algumas situações referentes a essas relações que me parecem dignas de nota.

Verifico, com uma frequência que sempre considere surpreendente, a presença nada incomum de alunos matriculados nos cursos de graduação em direito que já são médicos formados e atuantes, vários deles oriundos da própria USP.

Além disso, há advogados que se especializaram na defesa de médicos ou de pacientes, em questões que tratam de supostos erros profissionais, fenômeno esse que já está há muito tempo consolidado em outros países como, por exemplo, nos Estados Unidos da América, onde a divulgação e propaganda dos escritórios que atuam exclusivamente nos casos de *medical liability* podem ser vistas em painéis do metrô e em outdoors espalhados pelas cidades.

Note-se que essas situações são, de alguma forma, peculiares, no sentido de que não me parece existir a mesma frequência de demandas judiciais e de interesses específicos dos advogados em relação a supostas práticas defeituosas observadas nas atividades de engenheiros, economistas ou cientistas sociais.

O que poderia explicar essas situações?

A minha pretensão nesse texto é, portanto, a de comparar alguns aspectos das atividades do médico e do advogado, bem como aventar determinadas situações em que poderia haver uma reformulação de certas posturas e um aproveitamento recíproco de condutas benéficas presentes em cada uma das diferentes carreiras.

Ao final, com o intuito de tornar o texto menos especulativo, abordarei um assunto que também tem chamado a minha atenção e que diz respeito a uma matéria de natureza essencialmente jurídica - e na qual, segundo penso, deveria haver alguma mudança de rota - e que diz respeito às finalidades da responsabilização civil.

## 2. Os objetivos

Tanto as atividades do médico como a do advogado são usualmente qualificadas pela nossa doutrina e jurisprudência - segundo a formulação atribuída, na sua forma mais profunda e acabada, à *René Demogue* - como obrigações de *meio* e não de *resultado*.<sup>1</sup>

Ainda que as finalidades dessa classificação permaneçam úteis - em especial para a solução de questões relativas à atribuição do ônus e do conteúdo da prova de adimplemento ou inadimplemento -, não se pode dizer que por ela seja possível obter uma resposta completa para as diferentes situações e que, assim, possa qualificar de modo único todos os casos das atividades profissionais.

A jurisprudência já afastou, de fato, a natureza de uma verdadeira e própria *obrigação de meio* daquela exercida pelo médico cirurgião-plástico que realiza procedimentos cirúrgicos de natureza estética, o que pode também ser estendido para a atuação do anestesista e do responsável por exames laboratoriais.<sup>2</sup>

Nessas especialidades, se o resultado contratado - seja ele o pretendido embelezamento, o amortecimento da dor durante um procedimento cirúrgico ou a pesquisa sobre a natureza de determinadas patologias, respectivamente - não forem obtidos sem que exista excluyente de responsabilização válida, a consequência possível será o reconhecimento do inadimplemento contratual na prestação de serviços e o surgimento das consequências naturais daí advindas, tais como a incidência de multas, indenizações etc.

Também o advogado que se compromete a realizar um contrato, um testamento ou a dar uma opinião legal sobre determinado assunto sobre o qual seja consultado não está sujeito apenas a um regime de *melhores esforços*. Deverá realizar o que foi combinado de modo integral e oportuno, sob pena de também ser considerado inadimplente, caso não exista escusa juridicamente aceitável para a não realização do objetivo almejado por quem o procura.

De toda forma, não se obriga o médico a obter, sempre e necessariamente, a cura, nem o advogado a ver acolhidos todos os pedidos inseridos em uma demanda levada a juízo. Neste ponto, portanto, há características semelhantes nas funções exercidas por eles.

As diferenças entre essas atividades, contudo, são também bastante marcantes.

A primeira delas: contra o que luta o médico? Numa primeira resposta, poderíamos dizer que ele combate a doença, as consequências negativas do envelhecimento, os traumas físicos e mentais. Em suma, as batalhas travadas no campo da Medicina, de modo geral, colocam-se contra inimigos que, em tese, não deveriam contar com simpatizantes.

Aqui não há dissensões: expressando-se o desenrolar da vida na forma geométrica de uma parábola, aqueles que se dedicam a tornar esse percurso mais prolongado, estendendo o quanto possível a vitalidade e a força das pessoas durante o caminho enfrenta a disputa com a nossa viva torcida e apoio geral.

Nesse cenário não se colocam, portanto, dois atores em duelo. Há uma ação humana que procura moldar, de modo que se supõe benigno, um imperativo da Natureza, valendo-se para tanto de instrumentos idôneos e que possam ser utilizados da melhor maneira possível, de acordo com o que progressivamente é disponibilizado pela própria evolução da Ciência médica.

Não há na atividade normal do médico, pois, um conflito de interesses, mas apenas a preponderância de uma atuação virtuosa.

Surge neste ponto a questão: a ideia de que o médico luta pela *saúde* teria, assim, a mesma intensidade da noção de que o advogado luta pelo *direito*?

Não me parece.

Convenhamos, não será a saúde um conceito que tende, de alguma forma, mais ao absoluto, ao inquestionável, ao indubitado, do que a defesa de um determinado direito subjetivo?

Podemos dizer, sim, que o advogado deva lutar pelo direito, quanto mais quando tal for efetivamente justo. Contudo, nas fontes jurídicas classicamente reconhecidas não está a atuação do advogado, expressada pelo teor de suas petições, de suas sustentações orais, de suas estratégias na defesa dos interesses de seus clientes.

Tais atividades são, diga-se logo, mais do que desejáveis, absolutamente necessárias à conservação de conquistas civilizatórias indispensáveis.

Contudo, mesmo tendo como pressuposto a indispensabilidade da atuação do advogado na defesa de direitos legítimos das pessoas - e não pretendo aqui me alongar sobre esse assunto, uma vez que não há controvérsia pertinente acerca de tal tema no âmbito deste texto -, não tem ela o mesmo papel e posição da lei, da jurisprudência, dos princípios gerais de direito, dos usos e costumes e da doutrina na formação e estruturação do Direito como ramo do conhecimento humano.

Além disso, nessa mesma atuação do advogado há fatores que, de algum modo, são absolutamente imponderáveis.

Em particular, vivenciamos hoje no Brasil um grande questionamento sobre a própria prevalência da lei no sistema jurídico, em detrimento da crescente importância que vem sendo dada à atuação do juiz.

Para essa mudança valorativa, contribui o prestígio que vem sendo dado às cláusulas gerais, a conceitos abertos tais como aqueles da boa-fé, da função social e de um sentido também geral de equidade.

Em suma, há no nosso sistema atual - de um modo que me parece de alguma forma equivocado - um entusiasmo pelos princípios, e um certo desinteresse pela supremacia da lei como conquista civilizatória.<sup>3</sup>

Paradoxalmente, tudo isso ocorre numa estrutura que, do ponto de vista formal, conserva a lei como fonte principal, mas que vem, de forma continuada, prestigiando a jurisprudência que, no nosso cenário atual, ainda padece com a carência de elementos de coesão, de estabilidade e de autolimitação, os quais já se desenvolveram de modo mais robusto em países de tradição jurídica anglo-americana.

Menciono esses aspectos - sem pretender me alongar sobre eles neste texto - apenas para ressaltar a maior flexibilidade que a noção do direito tem em relação às regras que dão parâmetros às ciências exatas ou biológicas.

De toda forma, no que diz respeito à atuação preponderante do advogado, estamos diante da defesa de interesses que se contrapõem às expectativas diversas de outras partes, as quais se pretendem também juridicamente protegidas.

Aí está, segundo penso, o cerne das dessemelhanças em relação às atividades médicas.

De um lado, pois, o objeto de atenção e combate praticado pelo médico, qual seja a doença, não tem defensores legítimos. Por sua vez, o advogado patrocina, na parte mais importante das vezes, interesses que se contrapõem a outras pretensões e que, de acordo com a organização dada socialmente, devem ser ordinariamente resolvidos não pelas partes ou pelos seus representantes, mas sim por um ente externo, um setor do Estado organizado, qual seja o Poder Judiciário.

Sendo assim, poderíamos dizer, de modo realista e não meramente idealizado, que o direito buscado pelo advogado, na sua expressão do justo absoluto, é o que prepondera sempre ou, ao menos, na maioria das vezes, ou então, que haveria sempre e

necessariamente apenas um lado no qual o justo está?

A resposta a essa questão não pode ser afirmativa.

Na verdade, há no direito fatores cuja alternância não segue a lógica da medicina ou das ciências exatas.

O primeiro deles é a própria lei.

Com efeito, a lei, no nosso sistema jurídico, deve permanecer no ápice das fontes do direito e ser cumprida por todos. Contudo, ela não é imutável.

Alternando-se a lei, modifica-se em alguma medida o direito. A mudança, contudo, pode não advir de um reconhecimento de um justo universal, mas apenas de uma situação momentânea, circunstancial e que atende a finalidades que não sejam, por assim dizer, propriamente *justas*.

Tenha-se, como exemplo, a alteração de uma alíquota de imposto ou a imposição de que determinados padrões de formato de tomadas elétricas sejam adotados num dado momento. Poderíamos considerar que, pelo fato de advirem essas regras de uma lei - ou mesmo de um decreto, de uma portaria ou de alguma delegação feita a algum órgão específico para a imposição de certas regras -, que tais novas determinações, dirigidas a todas as pessoas, seriam mais *justas* do que aquelas anteriormente existentes?

Ademais, como se sabe, as regras que preservam o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada não se destinam a todos, mas sim a pessoas e a situações específicas. Nesse sentido, o conceito de justiça não é universal, enquanto que a ideia de saúde ou a submissão às chamadas leis da física ou da matemática são, desde que formuladas de modo correto.

Havendo leis - no sentido jurídico - que não se fundam num verdadeiro ideal de justiça e outras que não se aplicam a todas as pessoas e todas as situações, decorre daí a existência de uma efetiva diferença na estruturação deste sistema em relação àqueles que orientam o trato da saúde ou da matemática, portanto.

### 3. As distorções

Até o momento, ao apresentar algumas características que distinguem as atuações do advogado e do médico e ao vinculá-las a lógicas diferentes de organização e de valoração, pretendi afirmar o sentido de maior subjetividade e temporariedade de uma e de uma maior objetividade e perpetuidade de outra.

Contudo, a despeito de sua conformação contemporânea e que lhe dá coerência, a medicina atualmente não se basta em si, mesmo que nas suas qualidades.

Com isso, quero dizer que, a despeito da existência de regras éticas, administrativas ou deontológicas que são próprias a essa ciência, a sua regulação final e superior é feita, tal como nos demais campos do conhecimento, pelo direito e, em especial, pelo ramo das obrigações.

Nesse sentido, vale uma breve referência às diferentes abordagens que, ao longo dos anos, caracterizaram a atuação dos médicos.

A primeira delas se refere a uma perspectiva que foi denominada *hipocrática* e que remete ao arbítrio exclusivo e pessoal do médico quanto à eleição dos procedimentos mais adequados ao tratamento do paciente, sem que se permitam intervenções não consentidas feitas pelo destinatário de tais cuidados, pelos seus familiares ou por outras pessoas relacionadas ao paciente.

É uma posição de cunho, por assim dizer, protetivo, com feições que podem ser tidas como paternalistas, mas que tem no conhecimento específico e complexo do qual é dotado o médico e de que não compartilham as pessoas comuns a sua grande justificativa.

Apesar de tal postura ser incompatível com determinados direitos dos pacientes, consubstanciados naqueles ditos *deveres laterais* dos médicos, é negável que sua resiliência se baseia na própria existência de um conhecimento específico e de acesso difícil, o que acarreta, de maneira inexorável, uma autoridade natural àquele que exerce tais funções.

Assim, o reconhecimento de que determinadas questões, pela sua complexidade, devem ser resolvidas por quem tenha condições intelectuais e culturais de as conhecer e de enfrentá-las limitaria, por assim dizer, a intervenção leiga, mesmo daquele que fosse o destinatário final do tratamento pretendido.

Uma segunda perspectiva é denominada *utilitarista* e está fundada numa análise quantitativa ou qualitativa prévia, a ser feita no campo da medicina sob o seguinte fundamento: deverá ser priorizado o bem-estar do maior número de indivíduos, mesmo que isso implique na redução ou mesmo na eliminação de determinados direitos individuais.

Um exemplo presente dessa forma de abordagem ocorre nos casos de epidemias ou de controle de moléstias altamente

transmissíveis, quando se admite que determinado paciente seja confinado a um determinado ambiente ou então se submeta a um tratamento de natureza compulsória, ou seja, mesmo contra a sua vontade.

Também nos casos de preservação da vida, ainda que isso represente a imposição de sequelas e de opções limitadoras - tais como amputações ou a eliminação da funcionalidade de órgãos -, existe um viés de atuação médica que é claramente voltado a uma busca pela redução de prejuízos, situação que não é incomum no campo da Medicina e que, por outro lado, é socialmente aceita e compreendida como necessária.

Por fim, desenvolveu-se nos últimos anos outra tendência de abordagem das questões médicas, a chamada *ética médica do dever*, a qual que se nortearia, supostamente, por um respeito maior aos direitos da personalidade dos pacientes, valorizando conceitos tais como aqueles do consentimento informado, do direito ao sigilo, da garantia da universalização do atendimento médico propriamente dito em condições dignas etc.<sup>4</sup>

Ora, é inegável que ao se partir da concepção dita *hipocrática* para aquela da *ética médica do dever*, um sem-número de novas condutas passaram a ser exigidas dos médicos, não vinculadas propriamente ao enfrentamento técnico da moléstia ou do trauma.

Ademais, é também incontroverso que, com o passar do tempo, a possibilidade de ocorrerem desvios quanto a esses comportamentos pré-estabelecidos -, sejam tais desvios reais, artificiais ou mesmo inócuos - foram também se avolumando e dando ensejo a uma grande movimentação de natureza jurídico-contenciosa que se observa em todos os nossos tribunais.

Nessas condições, mesmo que a finalidade precípua da atuação médica - qual seja o combate à doença - seja atendida da melhor forma possível, ainda assim uma reprovação jurídica poderá ocorrer, no sentido do descumprimento de um dever lateral como, por exemplo, a prévia obtenção do consentimento informado por parte do paciente, ou alguma deficiência quanto às informações prestadas ao longo do tratamento realizado.

Admitindo-se a existência desse fenômeno, o primeiro pensamento a ser formulado poderia ser este: o direito atua no sentido de tornar melhor a medicina com o fim de incentivar os médicos, hospitais e laboratórios a serem mais conscienciosos e eficazes, mais caridosos e responsáveis.

Sob essa ótica, caso ocorra o descumprimento das inúmeras e crescentes normas de conduta no atendimento a ser prestado - muitas delas, como dito, *laterais* - estarão os médicos sujeitos a uma maior responsabilização jurídica, o que, em tese e a partir da imposição de sanções, deverá incentivá-los a atuar de um modo melhor.

Será isso realmente verdade?

#### 4. O confronto

A partir das ideias até agora expostas, surge o momento de refletir sobre um tema que, de modo mais efetivo contrapõe os interesses de médicos e de advogados. Trata-se das causas da responsabilização civil e, em especial, daquela que tem na atuação dos médicos a sua motivação.

Contudo, gostaria antes de fazer algumas ponderações, as quais, mesmo sendo fruto da minha observação pessoal mais do que da análise de estudos sistemáticos, creio que sejam verdadeiras e facilmente comprováveis na prática.

A primeira delas diz respeito à formação universitária de médicos e advogados. Não me parece que, neste campo, estejamos em vantagem.

De fato, os cursos de medicina são dados em um período maior de tempo - usualmente seis anos - e com uma dedicação diária, em número de horas de aprendizado, que excede em muito aquele usualmente empregado nos cursos de direito, em geral limitados a cinco anos e em período parcial.

Além disso, enquanto que as aulas práticas, respaldadas pelo uso de laboratórios e acompanhamento de preceptores, são rotina nas nossas faculdades de medicina, o curso de direito sofre e é criticado justamente pela absoluta predominância de aulas teóricas, de caráter expositivo, dando ensejo que o conhecimento da atuação concreta do advogado em juízo ou no campo negocial seja feito em estágios realizados em escritórios de advocacia, o que impede a existência de uma regulamentação concreta no sentido de complementar o aprendizado dos alunos, no tocante à atuação profissional, de modo organizado e coerente.

Não bastasse isso, não há nada nas faculdades de direito que possa ser comparado com as chamadas residências médicas, nas quais as especializações vão sendo construídas pelos recém-formados, estágios esses que se consideram muitas vezes imprescindíveis e condicionantes do exercício efetivo da profissão.

Tais situações levam à minha compreensão pessoal de que a formação técnica do médico não é, em regra, inferior àquela do advogado, muito ao contrário.

A despeito de tais fatos, tenho a percepção de que há uma quantidade de demandas judiciais reclamando de desvios de

conduta, erros profissionais e culpa, tendo por objeto a atuação de médicos, que excede em muito aquelas que têm como réus os maus advogados.

O que pode justificar essa discrepância, essa aparente contradição?

Dentre as motivações possíveis - tais como a já mencionada e progressiva imposição de deveres laterais, a complexidade da própria atuação médica, a importância suprema da saúde e da vida - há uma que me parece igualmente relevante, mas por vezes desconsiderada.

Trata-se, na verdade, do interesse nada encoberto da vinculação supostamente necessária entre um suposto erro de conduta - muitas vezes inócuo - e de uma sanção patrimonial, mais propriamente de natureza financeira e pecuniária.

Para o enfrentamento desse tema, será útil lembrar quais são as finalidades próprias da doutrina da responsabilidade civil.

Ordinariamente, como afirma Larenz, a sua função precípua é de natureza reparatória. Causado o dano injusto, o responsável fica obrigado a ressarcir-lo do modo como for possível. Essa maneira, no mais das vezes, consiste no referido pagamento de uma indenização pecuniária. Seria, segundo ele, uma exigência da assim denominada *justiça comutativa*, por oposição à chamada *justiça distributiva*.<sup>5</sup>

A responsabilidade civil, nascida ordinariamente na sua modalidade *objetiva*, na qual bastaria o dano para que a obrigação do ressarcimento ocorresse, foi sofrendo o contínuo processo de atenuação de suas consequências, passando a exigir a demonstração de culpa nas suas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia. Esse caminho deveu-se sobretudo ao reconhecimento de que a ocorrência do dano não implica, sempre e necessariamente, na imputação de responsabilidades quanto ao seu ressarcimento.

Por outras palavras, ocorrido o dano, na sua origem podem existir causas que não tenham sido propriamente injustas, mas sim terem origem em um infortúnio, numa evolução inevitável dos fatos, num evento da Natureza ou de situações em que nenhum outro comportamento poderia ser exigido legitimamente de quem quer que fosse.

Ocorre que numa nova inflexão jurídica a responsabilização objetiva, ou seja, aquela que prescinde da demonstração da culpa, tem se tornado cada vez mais comum para a apreciação de determinados casos, fundando-se no mero descumprimento de um dever de conduta que, em síntese, está ligado ao amplíssimo conceito de boa-fé.

A figura que ilustra o caso, pois, não é mais a de um tronco de árvore quando se pensa na ideia no nexo de causalidade entre ação ou omissão e o dano causado, mas sim num conjunto de caniços enfeixados, cada um deles representando um comportamento capaz, por si só, de levar a algum tipo de responsabilização civil.

Esse encaminhamento progressivo das causas de responsabilização civil levou, com efeito, ao desenvolvimento das noções que delineiam a chamada Teoria do Risco, em suas modalidades do *risco integral*, *profissional*, *proveito* ou do *risco criado*. Observa-se, assim, que mesmo no campo da responsabilização dita *objetiva*, existem graus crescentes e diversos de avaliação dos elementos suficientes à imputação de perdas e danos.

Portanto, o que se observa é que o tempo tem levado a um crescimento contínuo das causas da responsabilização civil de determinados agentes.

Ocorre que, além dessa finalidade reparadora - ainda que estendida, como verificamos acima - existem outras finalidades para as quais a responsabilização civil tem sido também utilizada, quais sejam aquelas de natureza punitiva, preventiva e distributiva.

Farei um delineamento sucinto acerca do que cada uma delas representa.

A assim denominada função *punitiva* tem a sua origem na *Common Law*, na qual se verificava uma precedência de regras processuais sobre as regras materiais. É o que indica a expressão *remedies precede rights*.

Contudo, havia um número limitado de *writs* (ordens). As Cortes, assim, organizavam-se como jurisdições de exceção. Nelas, criou-se um sistema próprio de precedentes que julgavam principalmente o direito de propriedade, o direito dos contratos e o direito das garantias.

O fato é que elas, por si só, não bastavam. Assim, quando os súditos não podiam ter acesso às Cortes reais, estabeleceu-se a possibilidade de ser feita uma petição dirigida diretamente ao rei, baseada no sentido de equidade e de moralidade que deveriam ser garantidas e respaldadas pelo monarca.

Em sua evolução, o regime da *tort law*, ligado inicialmente aos delitos civis intencionais (os *intentional torts*), incorporou posteriormente a ideia de culpa (*negligence*) para, por fim, trazer a noção de responsabilidade civil objetiva.

A partir dessa origem britânica, a evolução da ideia dos chamados *punitive damages* ganhou corpo no direito norte-americano.

A indenização provinda desse fundamento é constituída por uma retribuição monetária, desconectada do montante principal compensatório, que se impõe como punição ao ofensor por uma conduta dolosa ou culposa, particularmente negativa ou ultrajante, em virtude de uma intenção deliberada, opressão, malícia, fraude, arbitrariedade, ultraje; de uma severa falta de cuidado ou indiferença com os direitos alheios, apesar da consciência dos riscos, ou ainda, em parte dos Estados americanos, de culpa grave.<sup>6</sup>

De toda forma, tanto na sua função reparadora como naquela punitiva, há como condição e pressuposto a existência de algum dano causado à vítima, seja ele real ou presumido.

Ocorre que há outras funções da responsabilidade civil, também presentes na doutrina, as quais prescindem da existência de tal dano.

Uma delas é a chamada função *preventiva*. O seu fundamento estaria na existência de um *risco* reconhecido e previsível, mas em si *abstrato* e, nessa medida, diferente da noção de *perigo* que se vincula à ideia da existência de um receio concreto.

A sua motivação se encontra no desejo de que possam ser antecipadas providências necessárias de prevenção de danos quando ocorrerem situações hipotéticas que tenham em si mesmas um potencial suficiente para causar consequências negativas para a sociedade, para o meio ambiente ou para as demais pessoas individualmente consideradas.

Seria suficiente, assim, uma *possibilidade concreta de dano*, não se exigindo sequer a *certeza* de que o risco assim considerado resulte em dano real.

Por fim, temos a chamada *finalidade distributiva* da responsabilização civil, que também conta com vários adeptos que a acolhem de modo mais ou menos explícito.

Tal ideia teve grande repercussão no direito norte-americano e levou alguns autores, de tão entusiasmados com as suas possibilidades, a sustentar que o resultado final seria a própria extinção da teoria geral dos contratos, a qual deveria ser incorporada a uma grande teoria da responsabilidade civil, tudo com vistas a garantir um regime de justiça social e jurídica abrangente.<sup>7</sup>

Há exemplos vivos dessa função distributiva em nosso sistema jurídico. É o que ocorre nos casos do seguro obrigatório para veículos, ou então, como existe no sistema jurídico da Nova Zelândia, na obrigatoria remediação de todo e qualquer dano sofrido por qualquer vítima.

## 5. A síntese

Sendo inegável, portanto, a contínua extensão dos casos de responsabilização civil e, como resultado, a crescente importância dessa matéria, o que deve ser avaliado é se as suas consequências são, todas elas, úteis e benignas.

Da minha parte, creio que não. Vislumbro nesse fenômeno efeitos negativos e que devem ser considerados.

O primeiro deles está no aumento exponencial dos custos inerentes à própria atividade médica. A razão para tanto é de fácil entendimento: acrescido o risco de imposição de indenizações por um número crescente de motivos, a consequência natural é que determinadas medidas de caráter preventivo sejam tomadas pelos potenciais réus em demandas judiciais.

É o que ocorre, por exemplo, no número sempre maior quanto solicitação de exames, o que se faz, muitas vezes, com o intuito de gerar prova documental de que uma hipótese diagnóstica - ainda que remotíssima - tenha sido investigada, o que já poderia ser do próprio conhecimento do fato já existisse por parte do médico mediante prévio exame clínico.

É o que também se passa no caso da imposição de seguros profissionais a todos os médicos e na própria limitação de acesso ao trabalho daqueles que não o possuem, com o direto aumento dos custos provocados por essa securitização universal da atividade.

Tais fatos têm, na sua origem, uma questão fundamental: os pedidos de condenação por responsabilidade civil têm um objetivo principal, qual seja a indenização pecuniária.

Ora, seria essa uma consequência obrigatória das demandas levadas ao Poder Judiciário? Como verificamos acima, as finalidades da responsabilização civil são várias. A despeito disso, todas acabam por desaguar numa única consequência, qual seja a condenação financeira.

Como demonstrado acima, se nas funções punitiva e reparatória da responsabilização civil um dos principais objetivos é ou deveria ser a melhoria das condutas, não seria possível que a condenação, ao invés de majorar os valores indenizatórios - e, conseqüentemente, os honorários advocatícios - pudesse redundar em outras consequências?

Uma delas, por exemplo, não poderia ser em relação a um médico cuja imperícia fosse inequivocamente demonstrada, que fosse ele proibido de realizar determinados procedimentos médicos por um determinado período? Ou então, que tivesse de realizar novos cursos ou se dedicar a algum tipo de atividade benemerente?



O nosso sistema jurídico não outorga ao juiz a possibilidade de julgamento além do que foi pedido, nem de tomar certas iniciativas que não tenham sido buscadas pelas partes. Contudo, o que pretendo demonstrar, com esse argumento, é que o aumento da responsabilização civil do médico não pode ter como principal resultado a elevação dos valores de indenização a serem pagos, pois isso não é, segundo penso, o objetivo justo que daí deveria advir.<sup>8</sup>

Não creio que tenhamos alcançado uma solução definitiva para essas questões. O valor da segurança jurídica pressupõe a previsibilidade dos custos da empresa, inclusive da atividade profissional.

Por outro lado, não entendo que a indenização pecuniária seja o único - ou mesmo o melhor - meio para a melhoria das condutas profissionais. Essa solução responde também a outros interesses, dentre os quais, inegavelmente, a própria remuneração dos advogados que postulam em juízo o reconhecimento de tais pretensões e que é, em geral, proporcional aos valores fixados a título de perdas e danos.

Não temos no nosso ordenamento jurídico, além disso, parâmetros definidos para esses custos acrescidos e derivados da responsabilização civil profissional, muitas vezes vinculados a indenizações por danos morais para as quais, ainda hoje, não existem limites claros e definidos pela nossa jurisprudência.

O que fazer?

Parece-me que deveremos ajustar e estabelecer regras mais definidas e vinculantes para a solução dessas demandas, submetendo as partes e também os juízes a leis que fixem de modo mais claro e inequívoco as consequências possíveis para os casos de culpa profissional.

Ademais, seria também prudente respeitarmos efetivamente os precedentes jurisprudenciais, submetendo as mudanças eventualmente necessárias de rumo a uma justificação explícita dos próprios juízes, como se impõe no Direito Norte-Americano.

Sem isso, parece-me que tornaremos a atividade profissional do médico, cada vez mais, sujeita a uma injustificada insegurança, o que pode e deve ser evitado.

## 6. Bibliografia

Atiyah, Patrick Selim. *Damages Lottery*. Oxford : Hart Publishing, 1997.

Castilho, Taarik de Freitas. *Distinção entre Obrigações de Meio e Obrigações de Resultado*, dissertação apresentada em 2011 para fins de obtenção do título de Mestre na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Cunha, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. *Danos Extrapatrimoniais e Função Punitiva*, tese apresentada em 2012 para a obtenção do título de doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Demogue, René. *Traité des Obligations en Général*. Paris : Librairie Arthur Rousseau, vol. V, 1925.

Fried, Charles. *Contract as Promise*. Cambridge-Mass.: Harvard University Press, 1981.

Gilmore, Grant. *The Death of Contract*. 2. ed., Ann Arbor: Ohio State University, 1995.

Janssens, Edouard. *Droits de l'homme et art de guerir*. In: *Il medico e i diritti dell'uomo*. Milão: Giuffrè. 1984.

Junqueira de Azevedo, Antonio, *Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil (atualmente, Código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos*, In: Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2004.

Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo 1. trad. de Jaime Santos Briz. Madri : *Revista de Derecho Privado*, 1958.

### Pesquisas do Editorial

- RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO À LUZ DAS RECENTES ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS, de Rui Stoco - RT 797/2002/60
- RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO, de Dimas Borelli Thomaz Júnior - RT 741/1997/88
- INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - MÉDICO, de Eliana Cáceres - RDC 11/1994/176
- RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO, de Paulo Luiz Netto Lôbo - RDC 34/2000/125
- RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS E O ÔNUS DA PROVA, de Paulo Luiz Netto Lôbo - RDC



