



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-  
DENTISTA – UM ESTUDO BIBLIOGRÁFICO-  
DOCUMENTAL**

**Francisco Alexandre Amorim Marciano**

Fortaleza – CE  
Junho/2006

FRANCISCO ALEXANDRE AMORIM MARCIANO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-  
DENTISTA – UM ESTUDO BIBLIOGRÁFICO-  
DOCUMENTAL**

Monografia apresentada à disciplina de  
Monografia do Curso de Direito da UFC  
como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

**Orientador:** Prof. Alexandre Rodrigues de Albuquerque

Fortaleza – CE

Junho/2006

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

Bacharelado em Direito

FRANCISCO ALEXANDRE AMORIM MARCIANO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO DENTISTA – UM ESTUDO  
BIBLIOGRÁFICO-DOCUMENTAL

Orientador: Prof. Alexandre Rodrigues de Albuquerque

Monografia apresentada e aprovada em: 23/ 6/2006

Ao Departamento de Direito Privado para registro e arquivo.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Alexandre Rodrigues de Albuquerque

Bacharel em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará

---

Maria José Fontenelle Barreira

Mestre em Direito. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará

---

Rodrigo Macedo de Carvalho

Bacharel em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, primeiramente, por ter proporcionado a oportunidade de realizar mais uma graduação e sempre esteve ao meu lado em todos os momentos, sendo um sustentáculo para seguir em frente.

Á Minha noiva, Alessandra Feijão, pelo companheirismo, amor e compreensão, além de toda a ajuda prestada para o desenvolvimento desta monografia.

Ao meu orientador, inicialmente, por ter aceitado entrar nesta jornada e, no decorrer da pesquisa, ter me auxiliado na busca do conhecimento científico na área do Direito.

Aos meus pais por todo apoio moral e incentivo que me deram desde o início dessa minha nova graduação.

Por fim, aos meus padrinhos (Alberto e Eunice), que mesmo não estando mais no nosso convívio, continuam em minha lembrança e representam um incentivo para angariar novas realizações.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho aos profissionais da Odontologia e do Direito, que inspiraram todo o processo de realização deste estudo.

## SUMÁRIO

### RESUMO

1. INTRODUÇÃO .....	07
2. OBJETIVOS .....	09
2.1. Objetivo Geral .....	09
2.1. Objetivos Específicos .....	09
3. METODOLOGIA .....	09
4. HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	10
5. ATUAL CONTEXTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE.....	11
6. OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO .....	15
7. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA .....	17
8. NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	20
9. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	21
9.1. Ato ilícito .....	21
9.2. Culpa .....	22
9.2.1. Imprudência.....	23
9.2.2. Negligência .....	24
9.2.3. Imperícia.....	26
9.3. Dano .....	28
9.4. Nexo causal.....	32
10. DANO PATRIMONIAL, MORAL E ESTÉTICO .....	32
10.1. Dano patrimonial .....	32
10.2. Dano moral .....	34
10.3. Dano estético .....	36
11. EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	38
12. ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DO ERRO ODONTOLÓGICO .....	39
13. A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO CIRURGIÃO-DENTISTA .....	42
13.1. Legislação específica .....	42
13.2. Código Civil .....	44
13.3. Código de Defesa do Consumidor .....	45
14. ERRO ODONTOLÓGICO NO ATENDIMENTO CLÍNICO .....	50
15. CONSENTIMENTO ESCLARECIDO NO ATENDIMENTO ODONTOLÓGICO.....	53
16. CONCLUSÃO .....	55
17. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

## RESUMO

A responsabilidade civil surgiu como um mecanismo do direito de manutenção da paz social, partindo da premissa que qualquer indivíduo que provoque um dano a outrem que seja de forma dolosa ou culposa deve indenizá-lo. O conceito e a amplitude da responsabilidade civil vêm sofrendo modificações no decorrer da evolução da humanidade assim como o direito evolui de acordo com a evolução dos fatos sociais. Neste estudo será considerado o que diz respeito à área da saúde, mais particularmente a situação do cirurgião-dentista. A responsabilidade civil dos profissionais de saúde tem sido considerada de certa relevância na medida em que vêm surgindo novas formas de relação jurídica entre os pacientes e os profissionais de saúde. No âmbito civil essas relações são regulamentadas pelo atual Código Civil de 2002 e pelo Código de Defesa do Consumidor, além do Código de Ética dos profissionais odontólogos e resoluções dos Conselho Federal de Odontologia. A literatura jurídica trata da responsabilidade civil desses profissionais, odontólogos, dentistas ou cirurgiões-dentistas, de forma superficial daí a importância desse trabalho. Nota-se que a maior parte dos livros de direito civil enfatiza a responsabilidade do médico relegando a segundo plano a do dentista e demais profissionais de saúde, em contradição ao fato de que a população em geral está tendo maior acesso aos tratamentos dentários.

## **1. INTRODUÇÃO:**

A responsabilidade civil surgiu como um mecanismo do direito de manutenção da paz social, partindo da premissa que qualquer indivíduo que provoque um dano a outrem que seja de forma dolosa ou culposa deve indenizá-lo. Essa necessidade surgiu desde os primórdios da humanidade e está intimamente ligada à noção de justiça presente na racionalidade humana. Venosa (2006) afirma que é da natureza humana tal reação de reagir com violência a um mal feito a alguém próximo, corrobora ainda afirmando que o homem de todas as épocas agiria da mesma forma se não fosse impedido pelo ordenamento jurídico.

O conceito e a amplitude da responsabilidade civil vêm sofrendo modificações no decorrer da evolução da humanidade assim como o direito evolui de acordo com a evolução dos fatos sociais.

Atualmente, a responsabilidade civil está inserida nas diversas áreas de atuação dos profissionais liberais Neste estudo será considerado o que diz respeito a área da saúde, mais particularmente a situação do cirurgião-dentista.

A saúde está presente entre os direitos fundamentais da Constituição Federal em seu artigo 7º que retrata dos direitos sociais, tendo ainda sido descrita na seção II do título VIII da ordem social. Ao afirmar no artigo 196 da Constituição Federal que a saúde é direito de todos e dever do Estado a Carta Magna assume papel fundamental na manutenção da harmonia das relações sanitárias nacionais. Tomando consciência desse direito a população vem cada dia reivindicando melhores condições em sua prestação quer no âmbito público ou privado. A responsabilidade civil dos profissionais de saúde tem sido considerada de certa relevância na medida em que vêm surgindo novas formas de relação jurídica entre os pacientes e os mesmos. No âmbito civil essas relações são regulamentadas pelo atual Código Civil de 2002 e pelo Código de Defesa do Consumidor, além do Código de Ética dos profissionais odontólogos e resoluções dos Conselho Federal de Odontologia.

O paciente procura estar mais atento com seu tratamento, quer saber mais sobre seu estado e saber de fato das suas reais chances de sucesso ao ser submetido a determinado procedimento. A relação obrigacional que surge entre profissional de saúde e paciente apresenta relevância jurídica à medida que os pacientes vem percebendo que não se trata

mais de uma relação unilateral onde o profissional de saúde segue os procedimentos e em caso de uma eventual falha por imperícia profissional não restaria nada ao paciente se não conformar-se e sair carregando o prejuízo da relação.

A literatura jurídica trata da responsabilidade civil desses profissionais, odontólogos, dentistas ou cirurgiões-dentistas, de forma superficial daí a importância desse trabalho. Nota-se que a maior parte dos livros de direito civil enfatiza a responsabilidade do médico relegando a segundo plano a do dentista e demais profissionais de saúde, em contradição ao fato de que a população em geral está tendo maior acesso aos tratamentos dentários. A proliferação de planos odontológicos específicos vem comprovando o crescimento desse ramo e também um aumento da cobertura por esse tipo de procedimento. É importante para o operador do direito ter amplo conhecimento dessa área para saber como proceder em caso de responsabilização desses profissionais.

O ofício de dentista, como as demais profissões da área saúde, vem sentindo o reflexo dessas mudanças. Atualmente, multiplicam-se nos tribunais e nos conselhos profissionais ações contra profissionais dessa área.

Muitos desses profissionais saem da universidade sem preparo para agir diante de situações que possam acarretar um dano patrimonial e reputacional. A população está sujeita a ser atendida por profissionais sem conhecimento técnico do assunto e sem comprometimento com a cura dos pacientes que em seus procedimentos acabam causando danos à saúde dessas pessoas que sem o auxílio de um profissional com conhecimento na área pouco podem fazer para responsabilizar o culpado. Essa situação é agravada pela dificuldade de a parte prejudicada na relação, no caso o paciente, deter poucos meios de provar a culpa do profissional. Vanrell (2002) enumera fatores relacionados ao erro tais como aumento indiscriminado do número de faculdades de odontologia, defeitos na formação profissional, falta de comunicação satisfatória com o paciente, submissão a condições de trabalho inadequadas, anomia ou quase certeza de impunidade para os efeitos adversos, além do excesso de corporativismo.

Diante da especificidade do tema do trabalho observa-se a escassez de obras sobre o assunto. As obras jurídicas que existem enfatizam, como não podiam deixar de ser o lado jurídico da responsabilidade sem se ater ao lado clínico da profissão e das nuances que eles apresentam. Relatam apenas as hipóteses de responsabilidade, esquecendo da

dificuldade que existe no colhimento de provas e da peculiaridade biológica de cada organismo, onde o procedimento realizado em uma pessoa não terá necessariamente a mesma resposta em outro.

Os operadores do Direito e as obras jurídicas não necessitam de um amplo conhecimento clínico da ciência odontológica. Tão pouco as obras odontológicas têm obrigatoriedade de esgotar o assunto próprio da seara jurídica. Esta argumentação explicita a relevância deste estudo que visa primordialmente unir aspectos de ambas as ciências, pretendendo ser fonte de pesquisa na área, além de contribuir na construção do conhecimento jurídico.

## **2. OBJETIVOS:**

### **2.1. OBJETIVO GERAL:**

- Avaliar a responsabilidade civil do Cirurgião-Dentista no desenvolvimento de suas atividades laborais.

### **2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

- Explicar a responsabilidade do Cirurgião-Dentista nas diferentes modalidades de trabalho.

- Debater sobre os diferentes tipos de dano que o Cirurgião-Dentista pode ocasionar em suas atividades: material, estético e moral.

- Investigar como pode ser feita a coleta de informações para verificar as situações de responsabilidade profissional.

## **3. METODOLOGIA:**

Este estudo baseia-se em abordagem qualitativa, do tipo bibliográfica e documental, de caráter exploratório e descritivo.

A coleta de dados consistiu de busca em livros, revistas científicas e publicações on-line. Foram analisadas bibliografias publicadas nos últimos dez anos sobre o tema estudado.

Para análise, utilizou-se técnica descritiva de análise de conteúdo, subdividindo o corpo do trabalho em sub-temas.

O período de elaboração e execução do trabalho ocorreu entre os meses de abril a julho de 2006.

#### **4. HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

A noção de responsabilidade civil surgiu nos primórdios da humanidade a partir do momento em que despertou na mente dos seres humanos a necessidade de reparação de um dano atrelado ao primitivo sentimento de vingança coletiva, caracterizada por sua reação a um terceiro que lesionasse alguém do grupo, conforme Diniz (2003). Segundo a autora houve uma posterior evolução para a vingança privada quando vigorava a lei de talião como idéia básica da autotutela, onde um dano causado a uma pessoa era retribuído com uma ação vingativa, muitas vezes desproporcional, havendo a reparação do mal pelo mal. Pereira (1996) afirma que à proporção que a idéia de reparação toma corpo, vai desaparecendo a idéia de caráter privado da punição. Nessa época já havia o embrião de uma intervenção estatal.

A intervenção estatal da autoridade pública assegurando a punição do culpado, passou a dissociar o aspecto civil do penal. À princípio o Poder Público intervinha somente para declarar em que situação a vítima poderia promover a retaliação, produzindo dano idêntico na pessoa do lesante. Venosa (2006) afirma que é da natureza humana reagir com violência a um mal feito a alguém próximo, corrobora ainda que o homem de todas as épocas agiria da mesma forma se não fosse impedido pelo ordenamento jurídico.

Diniz (2003) declara que a lei de talião que pregava a idéia do “olho por olho dente por dente” foi gradualmente sendo substituída pela idéia de composição entre as partes envolvidas no conflito. Na composição, as partes chegariam a um ponto de acordo entre elas que permitisse uma reparação pecuniária do dano. Seria mais conveniente o pagamento de uma quantia em dinheiro (*poena*), a critério da autoridade pública, se o delito fosse público. O pagamento seria a critério do lesado caso se tratasse de direito privado. Tal pagamento seria mais vantajoso do que uma retaliação que não traria vantagem para nenhuma das partes. Vê-se ainda que tal medida enfraqueceria o grupo diante de inimigos

externos. A principal diferença entre a autocomposição e autotutela consistia no não subjugamento de uma das partes à vontade da outra.

Os romanos considerados precursores das ciências jurídicas com seus princípios fundamentaram o ordenamento jurídico atual e deram sua contribuição no estudo da responsabilidade civil. Para Venosa (2006) a *Lex Aquilia* romana teria sido o divisor de águas da responsabilidade civil, surgida na época de Justiniano, que por considerar o ato ilícito uma figura autônoma, fez emergir, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O autor afirma que nesse sistema se extrai da *Lex Aquilia* a idéia que a culpa por danos injustamente provocados independe da relação obrigacional preexistente, funda-se aqui a responsabilidade extracontratual baseada na culpa. Para Diniz (2003) a *Lex Aquilia de damno* estabeleceu os princípios da responsabilidade extracontratual, criando a possibilidade de uma reparação pecuniária de um prejuízo com base no estabelecimento de seu valor.

Conforme Pereira (1996), a idéia de culpa, plantada pelos romanos, inseriu-se no conceito de responsabilidade civil por toda Idade Média. Neste período, com a estruturação da idéia de dolo e culpa *stricto sensu*, seguido de um estudo elaborado da culpa fez surgir nitidamente a distinção das responsabilidades civil e penal.

Esse conhecimento estudado pelos civilistas Domat e Pothier influenciou a doutrina francesa que fez surgir a teoria da responsabilidade civil nos Código de Napoleão que é a fonte de inspiração de muitos códigos atuais (PEREIRA, 1996). Posteriormente, a responsabilidade civil também evoluiu em relação ao seu fundamento, que outrora baseado na idéia de culpa do agente como exclusivo pressuposto para obrigar a uma reparação evoluiu para a teoria do risco, caso em que será necessária a reparação do dano mesmo sem a existência de culpa.

## **5. ATUAL CONTEXTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE**

A responsabilidade civil dos profissionais de saúde apresenta-se como tema central da responsabilidade civil nos dias atuais. França (2001) refere que a área da

Medicina, podendo englobar as demais áreas afins, pode ser considerada hoje uma das mais difíceis de ser exercida do ponto de vista legal. O mesmo autor afirma que a atuação desses profissionais estaria sendo prejudicada devido ao alto risco de demandas judiciais. O primeiro dever desses profissionais é apresentar um comprometimento com o conhecimento completo e profundo, mantendo-se constantemente atualizado, acompanhando a rápida evolução da ciência médica. As exigências a que o médico submete-se perante a sociedade varia de acordo com essa evolução, que permite uma gama maior de recursos a seu favor e dessa forma tais profissionais são mais exigidos.

Corroborando com Calvielli (1997), o campo da Odontologia não poderia escapar a essa discussão, ao passo que aprofunda sua produção no saber científico, deve também se voltar para os reflexos de sua atuação no campo jurídico. A autora ainda ressalta que os avanços tecnológicos à medida que são geradores de benefícios para os seres humanos também fazem surgir mais perigos à integridade humana.

Neto (1998) relata que a sociedade como um todo vai consolidando a percepção do erro inescusável desses profissionais, fazendo as pessoas buscarem uma reparação. O autor afirma que essas pessoas não passaram a mudar a relação para com esses profissionais, tratando-os como a mesma reverência, contudo progressivamente se consolida a concepção de que o erro deve ser punido. Nessa seara os operadores jurídicos preocupam-se com os efeitos de tais erros e os profissionais de saúde com as causas para mitigar sua culpa ou justificar *a mala praxis*, muitas vezes utilizando subterfúgios como a crítica ao sistema de saúde brasileiro.

Segundo França (2001), o paciente está mais interessado em uma conduta de resultado e procura o profissional de saúde que seja o mais especializado possível em detrimento da relação médico paciente, outrora mais importante, tornando as relações cada vez mais impessoais e propiciando uma possível ação civil em caso de fracasso.

França (2001) afirma que nos Estados Unidos há o maior número de demandas judiciais contra médicos. Vale ressaltar que nesse país, diferentemente do Brasil, a Odontologia é uma especialidade médica e não uma graduação diferenciada. Esse país tem adotado medidas severas, uma vez que nele há uma maior ênfase a inviolabilidade pessoal do paciente. Conforme Souza (2001), nos Estados Unidos o erro médico é tido como o "pão com manteiga" dos advogados. Seus dados corroboram essa afirmação, pois em 1970 um

quarto dos médicos norte-americanos já tinha sido processado. Devido a isso, modificaram-se leis específicas no país, em mais da metade dos seus Estados, estabelecendo-se um limite (quinhentos mil dólares) para as indenizações em processos por erro médico.

Essa demanda crescente, segundo França (2001), já fez surgir nos Estados Unidos uma nova classe de advogados denominados médico-juristas, que são profissionais com amplos conhecimentos da área e que publicam constantemente artigos sobre o assunto destinados a esses profissionais das artes médicas. Esses fatos refletem-se em números. Ainda nos Estados Unidos, em 1998, chegaram a ser contabilizadas 60 mil demandas. O custo da classe médica e de seus seguros alcançou a cifra de 350 milhões de dólares por ano. No país inteiro, um em cada sete médicos já foi citado por responsabilidade médica. De acordo com Silva (1997) a casuística da odontologia não poderia estar à margem deste debate, pois é perceptível um aumento da frequência da inclusão da responsabilidade civil dos cirurgiões-dentistas em obras jurídicas. Dessa forma a evolução científica dessa profissão deve ser acompanhada de uma reflexão mais aprofundada no campo jurídico.

França (2001) refere que este fenômeno não é local. No Japão, os tribunais passaram a favorecer os pacientes. Na Inglaterra o aumento dessa demanda é justificado pela socialização da medicina, despersonalizando a relação médico-paciente, e um aumento do número de pacientes. Este fato levanta a reflexão que estes países possuem um nível sócio-econômico superior ao de países em desenvolvimento, como o Brasil, o que pode estar diretamente relacionado com a evolução do aspecto legal do dano e da responsabilidade civil dos profissionais de saúde.

Em suma, a responsabilidade civil está inserida nas diversas áreas de atuação dos profissionais liberais. Neste estudo será considerado o que diz respeito à área da saúde, mais particularmente a situação do cirurgião dentista. Souza (2001) afirma que na Suécia, com o respeito que ainda é gozado pela classe médica, são poucos os casos de processos. Em Portugal também é muito pequeno o número de ações contra médicos. Na Espanha, pelo que se depreende da literatura mundial, não é muito diferente, mas é maior do que no Brasil. Nos países hispano-americanos, incluindo o Brasil, não é grande o número de processos contra médicos, porém a incidência vem aumentando.

No Brasil começam a aumentar as demandas dessa natureza. A saúde está presente entre os direitos fundamentais da Constituição em seu artigo 7º que retrata dos

direitos sociais, tendo ainda sido descrita na seção II do título VIII da Ordem Social. Ao afirmar no artigo 196 da Constituição Federal que a saúde é direito de todos e dever do Estado a Carta Magna assume papel fundamental na manutenção da harmonia das relações sanitárias nacionais. A lei 8.080/90 que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes em seu artigo 2º e § 1º afirma:

“Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Tomando consciência desse direito a população vem cada dia reivindicando melhores condições em sua prestação quer no âmbito público ou privado. A responsabilidade civil dos profissionais de saúde tem sido considerada de certa relevância na medida em que vêm surgindo novas formas de relação jurídica entre os pacientes e os profissionais de saúde. No âmbito civil essas relações são regulamentadas pelo atual Código Civil de 2002 e pelo Código de Defesa do Consumidor, além do Código de Ética dos profissionais odontólogos e resoluções dos Conselho Federal de Odontologia.

Atualmente, percebe-se também uma mudança comportamental por parte do paciente, que procura estar mais atento com seu tratamento, quer saber mais sobre seu estado e conhecer de fato das suas reais chances de sucesso ao ser submetido a determinado procedimento. A relação obrigacional que surge entre profissional de saúde e paciente tem apresentado uma relevância jurídica à medida que os pacientes vêm percebendo que não se trata mais de uma relação unilateral onde o profissional de saúde segue os procedimentos e em caso de uma eventual falha por imperícia profissional não restaria nada ao paciente se não conformar-se e sair carregando o prejuízo da relação.

A literatura jurídica trata da responsabilidade civil dos profissionais odontólogos de forma superficial daí a importância desse estudo. Nota-se que a maior parte dos livros de direito civil enfatiza a responsabilidade do médico relegando a segundo plano a do dentista e demais profissionais de saúde. Essa preterição não deve proceder na medida que a população em geral está tendo maior acesso aos tratamentos dentários. A proliferação de

planos odontológicos específicos com um aumento da cobertura por esse tipo de procedimento vem comprovando o crescimento desse ramo profissional. É importante para o operador do direito ter amplo conhecimento dessa área para saber como proceder em caso de responsabilização desses profissionais.

## **6. OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO**

A responsabilidade civil integra o direito das obrigações na medida em que alguém que comete ato ilícito, forma mais comum, ou até mesmo ato lícito, desde que oriundo de uma relação contratual, prejudicando outra pessoa, tem o dever de ressarcir o prejuízo de forma pessoal e com seu patrimônio.

Nas palavras de Rodrigues (2002) a obrigação é vista como o vínculo de direito pelo qual o sujeito passivo se propõe a dar, fazer ou não fazer qualquer coisa em favor de outrem (sujeito ativo). Dessa definição, tem-se como seus elementos constitutivos o vínculo jurídico, as partes e a prestação (objeto). O autor supracitado afirma que o Código Civil apresenta três fontes das obrigações que são: o contrato, a declaração unilateral de vontade e o ato ilícito.

Ato ilícito seria a ação ou omissão do agente que repercute na vida do lesado, causando alguma alteração desvantajosa em seu estado acrescido do nexos que deve ter entre essa ação e o resultado somado ainda a um dano de repercussão jurídica. Contrato o negócio jurídico bilateral, surgido da vontade de ambas as partes e criando direitos para alguém. Rodrigues (2002) ainda relata a figura do quase contrato que surge das obrigações advindas dos atos humanos lícitos que não surge de um acordo de vontades, mas provém de uma convenção que muito se assemelha a um contrato. Da mesma forma o autor distingue o delito do quase delito ao afirmar que o segundo envolve a idéia de culpa, uma vez que o prejuízo decorreu de negligência, imprudência e imperícia, enquanto o delito decorreria do dolo.

Segundo Rodrigues (2002) as obrigações sempre apresentariam como fonte a lei de forma mediata ou imediata. Ainda que porventura a obrigação surgisse de um ato ilícito ou de um contrato a sua razão seria a lei. Assim o referido autor classifica as obrigações da seguinte maneira: as obrigações que têm por fonte imediata a vontade humana, as que têm

por fonte imediata o ato ilícito e, por último, as que têm por fonte a lei. A lei como norma de direito abstrata advinda da entidade competente cujo poder lhe fora outorgado pelo povo. Monteiro (2003) concorda que as fontes presentes no Código Civil são as mesmas elencadas por Rodrigues (2002), contudo essa distribuição não o satisfaz porque não esgota os fatos que podem originar obrigações. Segundo ele existem relações obrigacionais reconhecidas pelo direito que não procedem de qualquer dessas fontes. Como exemplo, o autor cita a obrigação de pagar impostos e as obrigações de prestar serviço militar. Freitas apud Monteiro (2003) cita as seguintes fontes de forma didática: obrigações derivadas dos contratos, obrigações derivadas de atos lícitos que não sejam contratos, obrigações derivadas de atos involuntários, obrigações derivadas de fatos que não são atos e obrigações derivadas de atos ilícitos.

Existe uma classificação das obrigações que é essencial para a compreensão do tema. Monteiro (2003) faz excelente diferenciação entre obrigação de meio e de resultado. O autor afirma que tal divisão representa um progresso, permitindo precisar qual o objeto da obrigação importando em uma diferenciação com relação ao ônus da prova. Para o autor nas obrigações de resultado, obriga-se o devedor a realizar um fato determinado, procurando alcançar um fim específico. Como exemplo ele cita os contratos de transporte, em que o transportador obriga-se a levar o passageiro são e salvo até seu destino. Nas obrigações de meio, o devedor obriga-se em desempenhar seus atos com a máxima diligência e com prudência para alcançar o fim almejado. Porém, caso não obtenha sucesso ele não será responsabilizado. Como exemplo emblemático há o dever do médico de prestar todo auxílio ao doente e do advogado que presta patrocínio a causa. Rodrigues (2002) afirma que em alguns negócios o devedor promete utilizar todos seus esforços para atingir um resultado, sem se vincular a obtê-lo. Dessa forma o devedor cumpre seu papel se agir de forma diligente e escrupulosa.

Monteiro (2003) conclui então que na obrigação de resultado exige-se que o objetivo seja alcançado através de um resultado satisfatório, tendo a obrigação por inadimplida enquanto não se alcança tal objetivo. Na segunda situação o devedor se obriga apenas a agir com prudência e dentro dos preceitos técnicos permitidos que foram lhe ensinados durante sua formação, agindo de forma diligente. Rodrigues (2002) ressalta que

nas obrigações de resultado o devedor promete um resultado e se não o apresentar será inadimplente.

No caso da obrigação de resultado o simples descumprimento do objetivo colimado já é suficiente para deixar o devedor em inadimplência. Na obrigação de meio, uma vez não atingido o objetivo deve-se examinar se o devedor praticou os procedimentos da forma correta, para posteriormente verificar se deve ou não ser responsabilizado. Dessa forma, na obrigação de resultado para que o credor seja indenizado basta evidenciar que o resultado não foi atingido, pelo não cumprimento da obrigação. Sua isenção da responsabilidade somente será alcançada se ele provar a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Nas obrigações de meio o credor deverá provar que o devedor não tomou os devidos cuidados, provando que a meta não fora alcançada porque o obrigado não agiu com destreza a que se achava adstrito ou que fora negligente.

A classificação da obrigação que origina a responsabilidade tem fundamental relevância no momento da formação de provas. Advindo a classificação das responsabilidades em contratual ou extracontratual.

A importância da compreensão das obrigações está relacionada em verificar em que modalidade encontram-se os procedimentos odontológicos, uma vez que dependendo da obrigação ser de meio ou de fim o dentista responderá de forma objetiva ou subjetiva. Subjetivamente, em caso de agir com imprudência, negligência e imperícia. Isso ocorre porque a origem da obrigação do dentista pode decorrer de um contrato ou de um ato ilícito como será visto adiante.

## **7. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA**

A responsabilidade civil subjetiva é aquela que se baseia na idéia de culpa. Dessa forma, para Rodrigues (2002), a prova da culpa do agente, aqui em sentido lato, abrange tanto o dolo como a culpa *strictu sensu* que devem ser provados para o agente ser responsabilizado. Nesse caso, a responsabilidade seria subjetiva por depender da prova da culpa do sujeito. Neto (1998) afirma que os partidários da culpa como elemento fundamental da responsabilidade civil afirmam que a mesma possui um lastro moral, daí não poderia haver responsabilidade que não fosse nela fundamentada, ficando o homem

moralmente responsável em reparar um dano provocado por ato seu e ficando isento em caso de um fato no qual não deu causa como os fatos imprevisíveis. Podem ocorrer situações em que a culpa pode ser presumida cabendo o ônus da prova ao profissional.

A responsabilidade objetiva baseia-se na teoria do risco. Para essa teoria não importa se o agente tenha agido com dolo ou culpa, basta apenas que haja um dano a ser reparado, causado pela ação do agente e um nexo causal ligando ambos. Rodrigues (2002) conclui que na responsabilidade objetiva, aquele que causar um dano a terceiro deverá indenizar ainda que seu comportamento seja isento de culpa. Neto (1998) refere que o intuito de abranger o maior número possível de casos de dano e atender o princípio social da reparação, em qualquer circunstância, vem aproximando a doutrina das teorias objetivistas. Assim, completa o autor que nas teorias objetivistas presume-se a culpa, havendo ainda uma transferência para o causador do dano do ônus da prova de que não agiu culposamente. Vale destacar as palavras de Alcântara apud (Neto, 1998 p. 51):

“ com elementos objetivos manuseamos muito mais desembaraçadamente. Ao julgador não se exigirá que vista o escafrandro etéreo para mergulhar no âmago das almas litigantes, como gostariam os subjetivistas. Na era dos computadores, todos os cálculos são possíveis para se determinar uma incógnita desde que se conheçam alguns fatores concretos. A medicina de hoje tem muito pouco de abstrata”.

Magalhães apud Neto (1998) ressalta seu entendimento de que cabe ao lesado provar a culpa do profissional, porém ressalta que noutros países diante da dificuldade do ofendido de provar a culpa do agente, admitem alguns tribunais um esgaçamento no nexo de causalidade, dando ênfase ao resultado.

França (2001) destaca que a teoria subjetiva no campo da área médica vem sendo contestada. Entre os motivos estão: a subjetividade do conceito de culpa, um fundamento moral que evita injustiças contra o autor, mas por outro lado deixa de fazê-lo para quem sofre o dano; o surgimento da responsabilidade sem culpa; o sacrifício do coletivo em função de um egoísmo individual sem imputabilidade dos tempos atuais e a socialização do direito moderno.

Dessa forma vai havendo uma gradual substituição das teorias subjetivas pelas teorias objetivas que têm no dano seu fundamento. França (2001) ainda refere que segundo alguns autores essa teoria seria uma forma de fazer justiça de forma vingativa preocupada com o aspecto patrimonial. O autor refuta essas afirmativas explanando que tais medidas

procuram manter a equidade e o equilíbrio da relação, sendo esses os fundamentos do novo conceito de responsabilidade civil. Esse pensamento reflete a sensibilidade dos doutrinadores diante dos novos fenômenos sociais, procurando desprezar o subjetivismo filosófico da culpa para atender ao princípio da necessidade que os tempos atuais exigem.

Venosa (2006) ressalta que essa tendência já se encontra presente no atual Código Civil em seu artigo 927, parágrafo único, acentuando-se dessa forma os aspectos de causalidade e reparação do dano, em detrimento da imputabilidade e culpabilidade de seu causador, estando a questão relacionada com a dignidade do ofendido da sociedade como um todo. Com a responsabilidade objetiva ocorre uma pulverização do dever de indenizar para um número amplo de pessoas. Ele também concorda que a atual tendência é que a questão resolva-se através de um contrato de seguro para a amplitude da indenização com o escopo de manter a paz social. O autor ainda enfatiza “quanto maior o número de atividades protegidas pelo seguro, menor será a possibilidade de situações de prejuízo restarem irressarcidas”.

Segundo Neto (1998) o Código Civil francês é a base de toda legislação civil atual. Nela a responsabilidade civil do profissional de saúde adota por inteiro o critério subjetivo de aferição da culpa. Ainda segundo o autor no § 823 do BGB do direito alemão, outra fonte de inspiração da legislação brasileira, adota o dever de indenizar àquele que dolosa ou culposamente lesionar o direito de outrem de forma antijurídica. King apud Neto (1998) diz que no direito anglo-saxão predomina a concepção do reconhecimento da negligência médica através do reconhecimento dos *writs* com as respectivas ações judiciais concedidas às vítimas do delito civil (*rot*), tendo o senso prático da demanda judicial desses povos desenvolvido uma doutrina de reparação do dano médico denominada *medical malpractice*. No direito argentino predomina também a responsabilidade civil subjetiva cabendo ao paciente o ônus da prova. No direito espanhol, suíço e italiano também predominam a idéia de responsabilidade subjetiva.

## **8. NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

A natureza jurídica da responsabilidade civil do Cirurgião-Dentista pode ser considerada contratual ou extracontratual. Rodrigues (2002, p. 9) distingue-as da seguinte forma:

“Na hipótese da responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe entre o inadimplente e seus co-contratantes, um vínculo jurídico derivado da convenção; na hipótese de responsabilidade aquiliana, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores da sua obrigação de indenizar.”

O autor ainda destaca que muitos não as distinguem chegando a afirmar que ambas possuem mesma natureza. Realmente ambas apresentam pressupostos em comum como o dano, a culpa do agente e o nexo causal entre o comportamento do agente e o dano.

Para Venosa (2006) a grande questão dessa matéria não é saber se o dano decorreu de uma obrigação pré-existente, contrato ou negócio jurídico unilateral. Ele enfatiza que nem sempre resta muito clara a existência de um contrato ou de um negócio, porque tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual com frequência se interpenetram e ontologicamente não são distintas: quem transgride um dever de conduta, com ou sem negócio jurídico, pode ser obrigado a ressarcir o dano.

Assim para o autor, o dever violado será o ponto de partida para o ressarcimento e dessa forma não importa se dentro ou fora de uma relação contratual.

Pereira (1996) sintetiza dizendo que não importa se a norma preexistente é geral, contida em lei ou se é particular consignada em contrato, havendo a violação de uma norma surge o dever de indenizar. Essa diferenciação dos aspectos da responsabilidade em contratual e extracontratual não implicam em conceituação diversa da culpa conforme e conseqüentemente não atingindo princípios essenciais da responsabilidade, conforme Dias apud Pereira (1996).

De acordo com Venosa (2006), a doutrina contemporânea aproxima as duas formas de responsabilidade, pois ambas fundamentam-se na culpa. Na culpa contratual o fundamento encontra-se no inadimplemento da obrigação e os termos e seus limites. Na culpa aquiliana leva-se em conta a conduta do agente e a culpa em sentido lato. Gomes apud Venosa (2006) acrescenta que quando um contratado comete um dano durante sua execução ele faz desaparecer as regras contratuais e faz surgir a aplicação das regras delituais. Ressalta que por vezes é difícil no caso concreto dizer quando há um contrato e

um negócio unilateral, havendo uma verdadeira situação dúbia quando, por exemplo, numa situação de emergência um médico é compelido a prestar assistência a um transeunte após sofrer acidente em via pública. Monteiro apud Diniz (2003) diferencia a culpa em função do dever violado. Se tal culpa fundamentar-se num contrato tem-se a culpa contratual, caso seja originada da violação de um preceito geral legal que manda respeitar bens e direitos ela é extracontratual. Para pedir indenização com base na culpa contratual não precisa prová-la, bastando constituir o devedor em mora.

Venosa (2006) relata que essa dúvida não impede o dever de indenizar. Para o autor não existe a diferença entre responsabilidade contratual e extra-contratual, sendo meramente didática e não ontológica sua diferenciação. O fato de existirem princípios próprios nos contratos e fora deles não nega essa afirmação, podendo-se afirmar que existe um paradigma abstrato para o dever de indenizar.

“Todas essas assertivas, porém não impedem que se identifiquem claramente, na maioria dos casos concretos, a responsabilidade derivada de um contrato, de um inadimplemento ou mora e aquele derivado de um dever de conduta, de uma transgressão de comportamento. Há, sem dúvida, como na maioria dos fenômenos jurídicos uma zona limítrofe ou cinzenta na qual a existência de um contrato não fica muito clara, como, por exemplo, no transporte gratuito e em algumas situações de responsabilidade médica.” (VENOSA, 2006, p. 19)

## **9. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL:**

### **9.1 Ato Ilícito**

Diniz (2003) conceitua a ação como o elemento constitutivo da responsabilidade civil que pode ser um ato humano comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, afirmando também que tal ação como fato gerador da responsabilidade pode ser ilícita ou lícita. Afirma ainda a autora que a ilícita baseia-se na ideia de culpa e a sem culpa fundamenta-se no risco. Para se configurar ato ilícito, Venosa (2006) diz que o ato de vontade deve estar revestido de ilicitude que consiste num comportamento que transgredir um dever. Rodrigues (2002) prefere denominá-lo de ação ou omissão do agente que pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam ainda sob a guarda deste.

Para Venosa (2006) os atos ilícitos emanam direta ou indiretamente da vontade, mas que ocasionam efeitos jurídicos contrários ao ordenamento jurídico. Esse ato ilícito

seria o primeiro pressuposto da responsabilidade civil. O autor acima afirma que esse ato prende-se ao conceito de imputabilidade, porque a voluntariedade torna-se inoperante quando o agente é juridicamente irresponsável.

Diniz (2003) afirma que tanto a ação como a omissão devem ser voluntárias, no sentido de ser controlável pela vontade humana à qual se imputa o fato, excluindo-se dessa forma os atos praticados sob coação absoluta, em estado de inconsciência, sob o efeito de hipnose, delírio febril ou por fatos invencíveis como tempestades, incêndios, raios, terremotos. Venosa (2006, p. 20) completa “na responsabilidade subjetiva, o centro de exame é o ato ilícito. O dever de indenizar vai repousar justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito”.

A conceituação de ato ilícito encontra-se prevista no artigo 186 do Código Civil de 2002. Pereira (1996) ressalta que a doutrina subjetivista faz repousar a responsabilidade sob um ato ilícito e não em qualquer fato humano. Como visto, na responsabilidade objetiva o ato ilícito encontra-se desprovido de culpa sendo de presença fundamental na subjetiva, pois nessa última o elemento subjetivo da culpa gera o dever de indenizar.

## **9.2 Culpa**

Não obstante a difícil conceituação de culpa, pode-se defini-la como a ausência de um dever de vigilância por parte do agente de acordo com um padrão médio que venha a causar dano a outrem. A doutrina é rica em definições, porém todas fazem remissão à terminologia “dever”. Vale destacar que no campo da responsabilidade civil quando se refere à culpa está abrangendo também o dolo. Visintini apud Venosa (2006, p. 21) aponta: “esses dois aspectos, estruturalmente não têm nada em comum”. Realmente, há uma grande diferença no ato que o agente intencionalmente procura o resultado daquele em que há negligência imprudência e imperícia, porém o resultado danoso é o mesmo.

O atual Código Civil como também o de 1916 elegeram a culpa como a premissa básica do dever de indenizar na responsabilidade subjetiva. Assim Venosa (2006, p. 22) afirma:

“A culpa civil em sentido amplo abrange não somente o ato ou a conduta intencional, o dolo, (delito na origem semântica e histórica romana, mas também os atos eivados de negligência, imprudência ou imperícia, qual seja a culpa em sentido estrito (quase delito)”.

Contudo, não afirmaram que a indenização somente será devida com a culpa em sentido amplo, abrindo assim espaço para a responsabilidade objetiva que seria destacada no parágrafo único do artigo 927. Alterini apud Pereira (1996) evidencia que a culpa provém de um ato voluntário realizado com os devidos elementos internos como discernimento, intenção e liberdade. Pereira (1996) afirma ainda que o conceito de culpa é unitário, embora a mesma possa ocorrer de diferentes formas.

O erro odontológico, segundo Vanrell (2002), deriva da culpa em sentido estrito devendo ser examinado as diferentes modalidades de culpa. O ato culposo, segundo visto pela doutrina, pode ser dividido em negligência, imprudência e imperícia. Será discorrido em detalhes como diferenciar esses atos.

Avecone apud Neto (1998) já adverte que um dos maiores problemas científicos e deontológicos da humanidade antes mesmo que jurídico é a culpa profissional do médico e das áreas afins. Neto (1998) ainda afirma que é extremamente difícil exarar-se juízo sobre a culpa profissional, sendo muitas vezes a certeza substituída pela avaliação probabilística. Avecone apud Neto (1998) ressalta que essa dificuldade não deveria ser fator de desestímulo, mas sim de incentivo à intensa busca da verdade. A complexidade da busca da culpa dos profissionais da saúde tem levado alguns a defender a responsabilidade objetiva desses profissionais diante da dificuldade de se provar a autoria e onexo causal.

### **9.2.1. Imprudência**

Para Neto (1998) na imprudência há uma culpa comissiva pelo agir de forma precipitada sem cautela. Magalhães apud Neto (1998) diz que prudência é sinônimo de previdência que é verificada pela atitude daquele que, conhecendo os resultados da experiência e também das regras que se extraem desta, age antevendo o evento que deriva daquela ação, tomando as atitudes acautelatórias necessárias a evitar o insucesso. Pode-se ver que na imprudência o agente mesmo com forte carga de previsibilidade age da mesma forma de maneira irrefletida, superando os limites da prudência.

Imprudente é o profissional que age sem os devidos cuidados. Segundo França (2001) seria o ato médico feito com audácia, intempestividade, precipitação ou desconsideração, tendo sempre um caráter comissivo. Como exemplo clássico temos o do

cirurgião-dentista que ao realizar uma cirurgia buco-maxilo-facial, ao invés de empregar técnicas conhecidas, usa técnica desconhecida, causando um resultado danoso ao paciente.

“ Não se deve caracterizar como delito culposo o insucesso diante de um ato médico justificável e intransferível quando há precariedade de meios, quando o agente está no cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito, ou quando os recursos utilizados são postos à disposição por meios moderados.”(FRANÇA, 2001, p.440)

O autor destaca que um ato médico, entenda-se aqui ato médico em sentido lato, que não venha a causar danos objetivos ao paciente não pode ser classificado como culpa médica, mas sim como delito de periclitção da vida e da saúde, por expor a vida de alguém a perigo direto e iminente.

Magalhães apud Neto (1998) entende que a imperícia e a impudência não podem coexistir numa mesma ação. O profissional de saúde é imperito quando tendo conhecimento do risco e também não ignorando a técnica decide agir assim mesmo.

Neto (1998) afirma que a imprudência sempre deriva da imperícia, uma vez que o exercente da arte médica mesmo sabendo que não detém conhecimento ou suficiente preparação para praticar tal ação não se detém em sua conduta.

Como exemplo, Vanrell (2002) cita o caso do odontólogo que de forma imprudente, querendo finalizar uma cirurgia em metade do tempo que pela complexidade, exige mais tempo acarreta dano ao paciente.

### **9.2.2. Negligência:**

Para França (2001), a negligência caracteriza-se pela inação, desleixo, inércia, indolência, passividade e torpidez. Contrariando a imprudência, trata-se de um ato omissivo em que há um descuido onde as circunstâncias exigem cuidado.

Na visão de Avecone apud Neto (1998), a negligência é o oposto da diligência, vocábulo que remete a sua origem latina, *diligere*, que é agir com amor evitando possíveis falhas e distrações. Na base da diligência estaria um comportamento recomendável derivado da experiência ou da prática profissional.

Neto (1998) afirma que os casos de negligência são numerosos na jurisprudência, uma vez que a distração faz parte da natureza humana. Assim como exemplo, Vanrell (2002) cita o caso de um dentista que não pergunta a quem se submete a

um tratamento se é diabético. Vale lembrar que a diligência requerida é a do homem médio, não se podendo exigir dos profissionais de saúde dotes excepcionais.

A negligência médica em sentido lato, aqui incluído os atos dos odontólogos, pode ser caracterizada nas seguintes situações: abandono ao doente, omissão do tratamento e omissão de um profissional pela conduta de outro. Abandona o doente, quando o profissional de saúde deixa o paciente sem dar continuidade ao tratamento começado. Pode ocorrer de a continuidade do tratamento depender da continuação por um profissional especializado em determinada área o que pode ser estabelecido por um acordo entre as partes.

A omissão de tratamento está presente quando o médico demora para iniciar um tratamento ou retarda o encaminhamento desse doente ao outro colega quando necessário. França (2001) exemplifica que na área médica um clínico que trata de um enfermo de apendicite e demora para encaminhá-lo ao cirurgião, preferindo um tratamento conservador, mas que com essa preservação excessiva venha a agravar o quadro do doente. Na odontologia, Vanrell (2002) coloca como exemplo o caso em que há uma demora para a extração de dentes do ciso, os últimos dentes que venham a erupcionar ou “nascer” após idade mais avançada, vindo a prejudicar um tratamento ortodôntico pela recidiva.

Outra situação citada por França (2001) que é mais comum em atendimento hospitalar, na qual os cirurgiões dentistas que realizam cirurgias buco-maxilo-faciais podem estar envolvidos, é no caso de negligência de um profissional por omissão de outro. Quando ocorre de um profissional abandonar o plantão sem que o outro tenha chegado e um paciente venha a sofrer danos pela ausência daquele profissional naquele local.

Há também a possibilidade de responsabilizar os centros complementares de diagnóstico, que são locais responsáveis pela realização de exames como os laboratórios de análises clínicas e os centros radiológicos. Essa situação é bastante comum no meio odontológico, onde previamente a boa parte dos tratamentos é solicitada uma radiografia. Para França (2001), os responsáveis por esses exames complementares são os diretores dos centros, devido à confecção e emissão de laudos. Eventuais erros cometidos por esses centros podem caracterizar casos de responsabilidade objetiva dessas empresas prestadoras de serviços complementares de diagnóstico enquadradas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Neto (1998) enumera situações que são exemplos de negligência: o erro grosseiro de um dentista que deixa de diagnosticar um grave abscesso periapical e dispensa o paciente; o profissional que prescreve medicamentos de forma indireta pelo telefone ou através de seus auxiliares; e também a negligência de dentistas nos Hospitais que subestimam a gravidade das lesões buco-maxilo-faciais sofridas por uma vítima de atropelamento, prescrevendo medicamento de forma errada ou praticando condutas intempestivas e, alguns dias depois, o paciente apresenta sinais de necrose em estruturas que poderiam ser salvas a princípio.

### **9.2.3 Imperícia**

Imperícia é a ação do profissional que não dominando com plenitude a técnica operatória age assim mesmo. França (2001) relata que a imperícia é a falta de observação dos ensinamentos por despreparo profissional ou por insuficiência de conhecimentos técnicos. Diagnóstico errado para ele não seria o mesmo que imperícia, pois o profissional de saúde aprende pela observação e experiência. A linha que separa a imperícia da negligência e da imprudência é muito tênue, porém vale observar que para esse autor não se aplicaria a imperícia para esses profissionais médicos ou odontólogos como para outros profissionais com diploma de nível superior em áreas afins.

O pensamento do autor é que o médico, assim como os demais profissionais da saúde, são habilitados profissional e legalmente não podem ser considerados imperitos em nenhuma circunstância, uma vez que se considera a imperícia como a incapacidade para o exercício de determinado ofício ou profissão. Essa idéia parte da premissa que toda área do conhecimento deve apresentar princípios básicos que devem ser seguidos por todos. Dessa forma, uma pessoa que possua um diploma que o habilite para exercer certa profissão dificilmente será provado que é incapaz.

França (2001, p. 443) ainda ressalta:

“o diploma de médico não pode ser um atestado de imunidade que lhe permita cometer impunemente toda espécie de negligência ou imprudência. Por outro lado será sempre necessário que se trace um limite entre a imprudência, a negligência e a imperícia”.

Assim observa que nas faltas mais grosseiras, sempre se estará diante de uma negligência ou de uma imprudência. Entende o autor que é juridicamente insustentável tal

situação, pois o diploma e o registro no órgão competente outorgam uma habilitação que torna esses profissionais imunes à imperícia.

Ainda seguindo a idéia do autor entre a negligência e a imprudência há fortes indícios de culpabilidade, enquanto na imperícia se presume a falta de aprimoramento, relativo à pessoa que desempenha determinada profissão, o que não poderia ser presumido em quem detém o diploma e o respectivo registro profissional e ainda que um especialista não possua os conhecimentos rudimentares da profissão que exerce.

França (2001) ainda afirma que todos somos ignorantes para alguma coisa e assim não devemos insistir em fazê-lo porque não obteremos um bom resultado e devemos respeitar os limites da nossa capacidade. Dentro dessa citação do autor pode-se abrir um debate relacionado. Os médicos, como os odontólogos, saem da universidade com diploma para exercer sua atividade em todas as especialidades vistas na grade curricular, contudo um aprimoramento prático da técnica das diversas especialidades leva tempo, levando alguns profissionais a freqüentarem cursos de especialização e residência.

O bom senso diz que se não deveria praticar uma conduta na qual não é hábil então independentemente do diploma outorgar habilitação, os profissionais de saúde deveriam intervir apenas quando tivessem segurança suficiente para realizar determinado procedimento. O profissional odontólogo durante seu curso tem uma grade curricular com todas as disciplinas das especialidades odontológicas. Contudo, no decorrer da faculdade não se adquire prática suficiente para exercer com amplo conhecimento todas as áreas. Logo, cabe ao profissional reconhecer quando está apto ou não para realizar determinado procedimento, evitando realizar as técnicas em que não possua um conhecimento suficiente.

Neto (1998) discorda desse posicionamento de França (2001) e ressalta que não encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência. Avecone apud Neto (1998, p. 86) afirma que o tema da imperícia é o mais delicado, pois é difícil demarcar a linha da atuação correta da culposa. Mas, ele é taxativo ao afirmar:

“É fora de propósito referir-se a imperícia, juridicamente considerada, também ao leigo, ou ao não habilitado ao exercício da arte médica porque o pressuposto básico de tal tipo de culpa é o exercício legítimo da profissão. Caso contrário identificar-se-ia hipótese de exercício abusivo e outra seria a fonte da obrigação de indenizar.”  
(AVECONE apud NETO 1998, p. 86)

Conforme o pensamento do autor apenas deve ser considerada a imperícia quando de profissional habilitado para exercer tal profissão. Caso contrário haveria outra situação como exercício ilegal da profissão mais caracterizada como uma infração penal que também pode trazer repercussões no cível.

Vanrell (2002) coloca mais alguns exemplos de erro odontológico. É imperito o implantodontista que, colocando os implantes intraósseos na mandíbula do paciente de idade avançada e não atenta para a proximidade do nervo mandibular, provocando-lhe uma lesão. Outro exemplo, é o do implantodontista que coloca implantes agulhados e transfixa o seio maxilar, localizado próximo às fossas nasais, deixando uma ou mais hastes emergir do seio nasal. Também é imperito o clínico que ao confeccionar uma prótese total altera a dimensão vertical do paciente, ou seja a medida vertical da face do rosto e provoca uma disfunção na articulação têmporo-mandibular e nas feições faciais.

### **9.3 Dano**

O dano trata-se de pressuposto essencial para a indenização. Para Venosa (2006) pode ser classificado em: individual ou coletivo, moral ou material. A idéia de dano está intimamente ligada a prejuízo. Ocorrendo certo evento que traga conseqüências prejudiciais ao lesado, contra a vontade do mesmo, em âmbito patrimonial ou moral deve ser ressarcido. Devido a sua importância para a responsabilização do dentista, as modalidades de dano serão mais bem detalhadas em um tópico posterior.

Diniz (2003) enfoca os seguintes requisitos como necessários para que ocorra dano indenizável: diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral pertencente a uma pessoa, pois a noção de dano pressupõe a perda do lesado; efetividade ou certeza do dano; causalidade; subsistência do dano no momento da reclamação do lesado; legitimidade e ausência de causas excludentes de responsabilidade.

Mazeaud e Mazeaud apud Pereira (1996, p. 38) registram a seguinte regra apoiada pela maioria da doutrina:

“Pois que se trata de reparar, é preciso que haja alguma coisa a ser reparada. Eis, por que na essência, a responsabilidade civil se distingue da responsabilidade moral e da penal. A moral condena o pecado, sem se preocupar com o resultado. O direito penal, para conceituar a responsabilidade exige ao menos a exteriorização de um pensamento, que se traduza no domínio dos fatos, e que tenha havido o que se denomina um começo de execução”.

Para que haja o pagamento da indenização, Diniz (2003) coloca que é necessário comprovar a existência de um dano patrimonial, o que não exclui a possibilidade de indenização pelo dano moral. O dano patrimonial é dividido em dano emergente e lucro cessante, sendo o dano emergente o que a vítima perdeu e o lucro cessante o que a mesma deixou de ganhar em virtude do evento danoso.

Deda apud Diniz (2003) corrobora que quando uma vítima pede um ressarcimento pecuniário por sofrer um dano moral não está pedindo um preço pela sua dor, mas apenas que se lhe outorgue um meio de atenuar, em parte as conseqüências do prejuízo. Diniz (2003) afirma que como a responsabilidade civil constitui uma sanção não há porque desconsiderar o dano moral, misto de pena e de compensação.

Para Venosa (2006) o dano deve ser atual e certo, não havendo possibilidade de se considerar o dano hipotético. Diniz (2003) afirma que o dano deve ser real e efetivo sendo necessário demonstrar sua evidência e sua repercussão sobre a pessoa e seu patrimônio, salvo em caso de dano presumido mais comum nas responsabilidades contratuais. Anzorena apud Diniz (2003) afirma que certeza refere-se à existência do dano e não à sua atualidade e seu montante. Alterini apud Pereira (1996) completa que dano ressarcível é somente aquele que preenche certos requisitos: certeza, atualidade e subsistência. Para a maior parte da doutrina como visto o dano deve ser atual e certo. A certeza refere-se a existência do dano, excluindo a indenização de sua mera possibilidade. O dano também deve ser atual significando a impossibilidade de sua indenização por mera possibilidade de um fato impreciso. A atualidade está relacionada ao conteúdo e ao momento do dano. Em princípio o dano futuro não seria indenizável, mas poderá vir a ser desde que conseqüência da ação.

A causalidade decorre da necessidade de haver uma relação causal entre a ação e o prejuízo, podendo esse dano ser direto ou indireto em relação ao fato gerador. O dano direto decorre do dano sofrido pela própria vítima, já o dano indireto decorre da perda mediatamente sofrida pelo lesado, representando um efeito ou causa noutros bens que não os diretamente atingidos pelo fato lesivo. Aqui vale destacar segundo Venosa (2006) o dano em ricochete que trata do dano sofrido por uma pessoa em decorrência dos danos causados a outra.

A subsistência do dano diz respeito à possível reparação do dano pelo causador quando do momento de intentar a ação. A legitimidade diz respeito à titularidade da vítima para pleitear seu direito em juízo e deve haver a ausência de causas excludentes da responsabilidade, uma vez que podem ocorrer situações que excluem o responsável de ressarcir o dano como força maior, caso fortuito e culpa exclusiva da vítima.

Sob o enfoque do dano vale ressaltar a teoria da perda da chance, oriunda do direito francês. Venosa (2006) a coloca como a possibilidade de vir a ser indenizada a pessoa que tenha sido prejudicado por outrem que perdeu uma oportunidade de ganho pessoal ou material, ocasionando uma frustração para o lesado.

Contudo, mesmo nessa situação, o autor supracitado deixa enfático que é importante caracterizar a certeza do dano. Como exemplo, dentro do campo de atuação do dentista, pode-se citar o caso de uma pessoa que estava escalada para realizar uma campanha publicitária na televisão e no dia da gravação a tenha perdido por apresentar a estética de seu sorriso prejudicada por um tratamento dentário mal elaborado. Nesses casos de perda da chance deve ficar evidente a verdadeira perda da oportunidade que causou prejuízo.

Caso diferente ocorre quando pessoa perde o processo de seleção para anúncio publicitário por um dano estético causado pelo dentista. Nesse último caso a indenização deve levar em conta a perda da chance de concorrer, o nível do dano e a certeza do dano. Neto (1998) afirma que quando determinado prejuízo se deve ao ato ou omissão de um médico, os tribunais franceses ao aplicarem a teoria da *perte d'une chance* supõe que o prejuízo decorre da perda de uma possibilidade de cura e conseqüentemente condena a essa indenização. Dessa forma, segundo o autor, para os tribunais franceses a culpa do profissional de saúde comprometeu as chances de vida e integridade do doente, não importando se o juiz esteja convencido de que a culpa causou o dano, sendo suficiente uma dúvida. Para os tribunais bastaria admitir a relação de causalidade entre culpa e dano, pois a culpa é não ter dado todas as oportunidades de recuperação do doente. Assim corrobora, que militaria uma presunção de culpa contra o médico.

Neto (1998, p. 54) demonstra ainda que nos Estados Unidos aplica-se em alguns Estados a teoria da *res ipsa loquitur* cujo significado é que a coisa fala por si mesma. Assim ante a simples ocorrência de um fato danoso como a perda ou paralisia de um

membro e morte de um paciente extrai-se a idéia que o dano não teria ocorrido se não houvesse culpa. O autor afirma:

“tal formulação teórica faz parte do “direito de evidência circunstancial” e se aplica: a) quando não há evidencia acerca de como e porque ocorreu o dano; b) acredita-se que não teria ocorrido se não houvesse culpa; c) recai sobre o médico que estava atendendo pessoalmente o paciente.” (NETO, 1998, p. 54)

De acordo com Venosa (2006), quando a culpa resulta de responsabilidade contratual fica mais fácil estabelecer uma indenização que já poderá estar presente no próprio contrato como cláusula penal. Essa situação é difícil de ser comprovada no caso do dentista, pois geralmente os contratos estabelecidos entre paciente e profissional não são escritos, devendo mesmo nesse caso eventual indenização ser apurada em processo.

Outra regra basilar da indenização é a prevista no artigo 402 do Código Civil que preceitua que o dano abrange não somente o que a pessoa perdeu, mas também o que ela deixou de lucrar. Para Diniz (2003) o lucro cessante não pode ser considerada mera possibilidade de perda, embora também não seja exigida uma certeza absoluta. Contudo, reconhece-se que sua comprovação e mensuração é mais dificultosa do que a do dano emergente. Segundo Venosa (2006) no caso do dano emergente fica devidamente configurado o dano patrimonial por ser suscetível de avaliação pecuniária, sendo esse caso mais facilmente mensurado porque depende dos danos concretos.

#### **9.4 Nexo Causal**

Estabelece a relação de causa e efeito que indicará o agente causador do dano. Nos casos de responsabilidade objetiva não é necessário que seja provada a culpa do agente, mas o nexo causal é imprescindível para a responsabilização do agente, assim completa Venosa (2006) se a vítima não consegue estabelecer o nexo causal entre o dano e o agente dificilmente será ressarcida.

Existem situações que provocam uma quebra do nexo causal e impedem a responsabilização do agente. Como exemplos: o caso fortuito, a força maior, culpa da vítima e fato de terceiro. Diniz (2003) ainda inclui nesses casos a culpa concorrente da vítima o que não se concorda por não haver aqui uma verdadeira quebra do nexo causal, mas sim uma compensação de culpas.

A redação do artigo 393 parágrafo único do Código Civil deixa claro que o devedor não será responsabilizado se decorrer caso fortuito ou força maior: “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles se responsabilizado”. Aqui para Rodrigues (2002) fica evidente a situação do chamado *Act of God* dos ingleses. Ressalta o autor que se ficasse adstrito à responsabilidade extra-contratual, o caso fortuito e força maior representariam uma excludente da responsabilidade, uma vez que põe termo a relação de causalidade entre a ação e o dano. O autor não diferencia caso fortuito de força maior. Para ele ambos os termos têm a mesma significação.

Vanrell (2002) exemplifica com a seguinte situação de âmbito odontológico: se determinado paciente perderia determinada unidade dentária independente da ação ou omissão do profissional, na forma e no tempo como a perdeu, assim a ação ou omissão do profissional não seria relevante para a perda do dente. Por outro lado, se por ação ou omissão do dentista o paciente veio a perder o dente ele, profissional, deverá ser responsabilizado.

## **10. DANO PATRIMONIAL, MORAL E ESTÉTICO**

### **10.1 Dano Patrimonial**

Dano patrimonial é o que pode ser mensurado em dinheiro e apresentar uma respectiva indenização. Diniz (2003, p. 64) classifica o dano patrimonial:

“vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.”

Dessa forma o dano patrimonial seria medido pela diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e o que teria direito se não houvesse a lesão. A autora diz que se faz um confronto entre o patrimônio existente e o que existiria caso a lesão não se tivesse produzido. A valoração desse dano ocorreria em dinheiro e seria aferido pelo critério diferencial entre as situações antes e depois do dano, contudo tal verificação matemática pode ser dispensada se houver a possibilidade de voltar ao *status quo ante* por meio de uma reconstrução natural.

Em qualquer situação ressarcitória, o indenizante tem de procurar restaurar a situação que se aproxime da situação frustrada. Assim, a reparação do dano poderá processar-se pela reparação natural com a restauração do *status quo* alterado pela lesão ou por uma indenização pecuniária quando for impossível restabelecer a situação anterior ao fato lesivo. Ressalte-se que essa indenização deve incluir os juros de mora e as custas processuais (DINIZ, 2003).

Para o Magistrado determinar esse tipo de indenização deverá ele verificar a ocorrência dos seguintes pressupostos: dano positivo ou emergente, dano negativo ou lucro cessante e nexo de causalidade entre o prejuízo e a conduta do lesante. Venosa (2006) também afirma que o dano patrimonial é formado pelo dano emergente e o lucro cessante.

O dano positivo consiste num déficit real e efetivo no patrimônio do lesado, seja por um aumento do passivo, seja por um real prejuízo passível de ser indenizado. Tal prejuízo decorre de uma efetiva lesão ao patrimônio da vítima ou de gastos que ela teve de fazer para recuperar sua situação para o estado anterior ao dano. Venosa (2006) afirma ser o dano emergente aquele perceptível à primeira vista, sendo o que a pessoa efetivamente perdeu. É o dano mais facilmente avaliável porque depende apenas de fatos concretos.

Venosa (2006) afirma que o lucro cessante está relacionado com o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. O autor ressalta que o termo razoavelmente posto na lei significa que a indenização não pode converter-se a um meio de lucro. O dano negativo ou lucro cessante é alusivo à perda de ganho pelo lesado e ao lucro que deixou de auferir. Para computá-lo, Diniz (2003) refere que mera possibilidade é insuficiente, mas também não estaria vinculada a uma certeza absoluta, sendo certo condicioná-la a uma circunstância objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos. Continua dizendo que se trata não só de um eventual benefício perdido, mas também a perda da chance que requer o emprego do tirocínio jurídico perante cada caso para determinar o *quantum* indenizatório, sendo nesse último caso a indenização baseada na chance que deixou de ter. O nexo de causalidade entre o prejuízo e a conduta é um pressuposto da responsabilidade civil em geral, contudo vale ressaltar a importância desse requisito no caso de culpa da vítima que exclusivamente cause o dano.

Diniz (2003) faz ainda uma distinção entre o dano patrimonial direto e o indireto. O direto seria aquele que causa um dano direto no patrimônio da vítima, como no

caso do cliente que paga um caro tratamento dentário e não alcança resultado. O dano indireto seria uma consequência possível do evento prejudicial a um interesse extrapatrimonial, constituindo um dano moral que repercute no patrimônio do ofendido. Outra maneira de classificá-lo como direto e indireto está relacionada ao sujeito lesado, que se fosse a própria vítima seria direto e se fosse terceiro, em razão do mesmo evento, seria indireto.

## **10.2 Dano Moral**

No dano patrimonial, como visto, o sujeito sofre uma lesão que se reflete diretamente em seu patrimônio de forma pecuniária. O dano moral irá refletir-se em um bem maior que o patrimônio da vítima, causando prejuízo talvez até maior. Santos (1999) ressalta que a configuração do dano moral está na valoração de um interesse espiritual de um indivíduo relacionado com a intangibilidade da pessoa humana. Para ele o que configuraria o dano moral seria uma alteração no estado psicofísico da pessoa, resultando uma alteração desfavorável que causa uma modificação no estado anímico.

Segundo Diniz (2003) alguns autores são contrários à possibilidade de se indenizar o dano moral. Algumas objeções como afirma a autora são a efemeridade do dano moral que apresenta efeito passageiro, mas a maior parte da doutrina rebate essa crítica pelo fato de que a reparação variará de acordo com a durabilidade do dano. Outro seria o escândalo da discussão em juízo sobre sentimentos íntimos de afeição e decoro, sendo essa crítica rebatida pelo fato de caber aos juízes e tribunais discutir as lides e nada impede que as ações dessa natureza tenham curso sob sigilo de justiça. O terceiro é o fato da incerteza do verdadeiro direito violado se houve um real dano moral. Rebate-se essa crítica, pois o fato dos efeitos da violação de um dano moral ser extrapatrimonial não implica em sua inexistência.

A impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária do dano moral não seria empecilho para sua indenização, uma vez que como visto procura-se apenas atenuar o desconforto provocado a vítima pelo mal estar provocado. Não se procura dar valor pecuniário correspondente a dor, mas que tal valor moral seja compensado pela ofensa.

Outros argumentos são a indeterminação do número de lesados, imoralidade da compensação da dor com dinheiro, perigo de inevitabilidade da interferência do arbítrio

judicial, conferindo ao magistrado poder ilimitado na apreciação dos danos morais ao avaliar o montante compensador do prejuízo, o enriquecimento sem causa e a impossibilidade jurídica de se admitir tal reparação. Todas essas afirmações são rebatíveis pela atual doutrina majoritária que considera os bens morais como bens jurídicos a serem protegidos.

Neto (1998) afirma que não resta dúvida na possibilidade de indenização pelo dano moral como aquele decorrente da lesão aos valores precípuos da vida do homem como a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual e a integridade física. Dano moral, nas palavras de Venosa (2006), é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima dentro dos direitos da personalidade, ofendendo sua honra subjetiva. A grande dificuldade que ocorre dentro da idéia de dano moral é a sua imponderabilidade.

Venosa (2006) diz que não é qualquer dissabor capaz de acarretar uma indenização. Para ele deve-se levar em consideração um critério objetivo do homem médio, não podendo levar-se em conta o psiquismo do homem extremamente sensível e nem o do homem de pouca ou nenhuma sensibilidade. Completa dizendo que a reparação do dano moral deve seguir a índole daquele quem o padece. O autor ainda afirma que o dano imaterial ou não patrimonial é de difícil verificação, sendo a condenação em dinheiro um meio para diminuição da dor, servindo mais propriamente como uma compensação do que como uma indenização.

Zanoni apud Diniz (2003, p. 85) afirma: “não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem a consequência do dano”. O direito não protege qualquer interesse ínfimo, mas aqueles decorrentes do dano a um bem jurídico no qual a vítima tenha algum interesse.

De acordo com Santos (1999), o que determina o dano moral indenizável é a consequência, ou seja, resultado do ato, sendo os efeitos provocados pelo dano que dirão se ele é ressarcível. O autor ainda afirma que o dano por si só de forma abstrata não é capaz de gerar a indenização, sendo necessário um resultado que afete a vítima em seu bem-estar. Na narração fática de um evento que tenha causado dano moral é necessário que se estabeleça a relação entre a ação e o resultado lesivo de forma clara sob pena de inépcia da petição inicial.

### **10.3 Dano Estético**

Santos (1999) define o dano estético como toda diminuição e perda da beleza física de uma pessoa, traduzida na deterioração da harmonia corporal, que consiste na propriedade dos corpos que os tornam agradáveis aos olhos de outras pessoas.

O dano estético para Vieira apud Diniz (2003, p. 76) consiste em:

“toda alteração morfológica do indivíduo que causaria ‘alijão’, abrangendo deformidades, deformações, marcas e defeitos ainda que mínimos e que impliquem um afeimento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influencia sobre sua capacidade laborativa.”

Esse tipo de dano é de suma importância para a responsabilidade civil do dentista, pois sua atuação está intimamente ligada à recuperação estética das unidades dentárias na maioria dos casos.

Segundo Dias apud Diniz (2003) o dano estético estaria compreendido no dano psíquico ou moral, podendo ter-se como cumuláveis ambas as indenizações, sendo o dano moral representado pelo sofrimento, pela vergonha, pela angústia ou sensação de inferioridade da vítima atingida em seus íntimos sentimentos.

Assim o dano estético, segundo Diniz (2003), constituiria um dano moral que poderá ou não constituir um dano patrimonial. Haveria dano moral ausente de patrimonial, por exemplo, havendo deformidade e não havendo prejuízo para o trabalho. Assim o dano estético como o moral poderia ser apurado por métodos comuns como o do arbitramento, porém, não seria aplicado o critério aritmético dos danos patrimoniais para estimar a sua diminuição. Dessa forma o dano estético causaria o dissabor no lesado não só pelas dores físicas, mas também pelo prejuízo psíquico, mesmo que não haja nenhuma redução em seu patrimônio.

Magalhães apud Neto (1998, p. 93) caracteriza o dano estético como “a lesão à beleza física, à harmonia das formas externas de alguém”. Ressalta ainda que “o conceito de belo pode ser relativizado, pois ao apreciar um dano estético deve-se ter em mira a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que era antes”. A mesma autora diz que a lesão que “enfeiou” a pessoa deve ser efetiva a ponto de ser duradoura, pois se passageira fosse não haveria dano estético de natureza moral, mas sim um atentado reparável à

integridade física ou lesão estética passageira que poderia resolver-se em perdas e danos. Em suma, considera dano estético como sendo moral.

Há, porém, situações em que o dano estético provoca um dano patrimonial como no exemplo da modelo internacional de beleza incomum que sofre uma lesão no nervo motor facial que lhe causa paralisia, vindo a mesma a ficar deformada permanentemente, causando-lhe a perda de vários contratos. Dessa forma haveria um dano patrimonial cumulado com um dano moral estético que seria aferido também levando-se em conta determinadas variáveis.

Vanrell (2002) afirma que a maioria dos autores considera o dano estético como uma espécie de dano moral, resultando para ele dificuldade em ser fixado o valor indenizatório. Contudo, o autor estabelece alguns critérios para orientar o peticionante ou o julgador: a idade, o sexo, a posição social da vítima, as regiões buco-mandíbulo-faciais deformadas, com realce à face e pescoço; a gravidade da lesão com vistas à extensão e profundidade constante da prova técnica; os danos emergentes, lucros cessantes, os juros compostos, os honorários, tudo corrigido até o efetivo pagamento e outros requisitos que o caso concreto recomendar.

O atual Código Civil em seu artigo 950 afirma:

“se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.”

Dessa forma o atual Código Civil resguarda a possibilidade de cumulação do dano estético com o dano patrimonial.

Magalhães apud Neto (1998) observa ainda que em matéria de prejuízo estético com espécie de dano moral não haveria uma reparação natural, nem indenização propriamente dita, havendo nesses casos uma compensação que permitiria ao lesado obter conforto e distração que de alguma forma atenuasse sua dor.

## **11. EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

As excludentes da responsabilidade civil são os fatos que rompem o nexo causal e conseqüentemente isentam de indenizar. Dentre esses há a culpa exclusiva da vítima, o

fato de terceiro, o caso fortuito, a força maior e no campo contratual a cláusula de não indenizar.

A culpa exclusiva da vítima tem importância relevante na responsabilidade civil do dentista, pois o sucesso de muitos tratamentos dependem da conduta posterior do paciente. O dentista deve alertar de forma clara como o paciente deve proceder, caso contrário não estará isento do dever de indenizar. Silva (2002) exemplifica o caso do paciente que apresenta péssima higiene oral e faz com que a cirurgia periodontal seja um insucesso. Venosa (2006) ressalta que tal hipótese não se encontra presente na lei, mas a doutrina e a jurisprudência reconhecem tal possibilidade. Vale ressaltar que quando há culpa concorrente da vítima e do agente causador a mesma é repartida conforme o artigo 945 do atual Código Civil.

Em termos de responsabilidade, vale destacar a possibilidade de culpa concorrente de fundamental importância na atividade odontológica. Na responsabilidade civil, há a probabilidade de compensação de culpas. Dessa forma a vítima também seria culpada do insucesso do tratamento por não ter seguido a recomendação do odontólogo no período pós-tratamento. Ressalta-se que há uma gradação de culpa de acordo com a participação de cada um para o resultado. Assim, exemplificando se uma das partes concorreu com 2/3 da culpa e outra com 1/3, seguindo o preceito do artigo 945 do Código Civil: “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada, tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. Dessa forma o valor da indenização seria dividido proporcional ao dano causado por cada causador.

A culpa por fato de terceiro ocorre quando terceira pessoa, que não a vítima ou o agente, provoca o resultado. Diniz (2003) ressalta dois pressupostos: deverá haver um nexo de causalidade entre o dano e a ação do terceiro, assim não poderá haver ligação entre o agente aparente responsável e o prejuízo causado à vítima e que o fato de terceiro não haja sido causado pelo ofensor. Se o ofensor contribuir de alguma forma com o terceiro sua responsabilidade será mantida. Como exemplo há os casos em que o profissional adquire determinado produto com defeito de fabricação que irá repercutir de forma negativa no tratamento. Vale ressaltar que os tribunais vêm sendo relutantes em reconhecer em diversos

casos a culpa de terceiro devido sua dificuldade probatória, permitindo na maioria das situações a ação regressiva.

O caso fortuito e a força maior são situações excepcionais no campo da odontologia. A distinção de ambos é irrelevante para o tema específico do trabalho, pois a consequência de ambos é a mesma. Venosa (2006) afirma que devem partir de fatos estranhos à vontade do devedor. O autor prossegue: “conceito de ordem objetiva deve partir sempre da imprevisibilidade ou inevitabilidade, aliado à ausência de culpa”. (VENOSA, 2006, p. 47).

A cláusula de não indenizar seguindo as regras do direito do consumidor na qual a relação dentista/paciente está inserida é considerada cláusula nula conforme o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, logo dificilmente o dentista poderá alegar tal cláusula em sua defesa. Ainda que admitida tal cláusula deve constar de livre negociação entre as partes, estando excluídas dos contratos de adesão.

## **12. ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DO ERRO ODONTOLÓGICO**

A doutrina jurídica aborda o tema da responsabilidade civil do dentista ainda de forma clássica presente nas demais legislações mundiais, ou seja, para a maior parte dela a responsabilidade desses profissionais é subjetiva. Porém alguns doutrinadores começam vagarosamente a reconhecer a responsabilidade objetiva em algumas especialidades.

A literatura pertinente ao Direito trata sobre o tema de forma perfunctória em suas obras que não são especializadas sobre o assunto. Venosa (2006) coloca o dentista no mesmo plano de responsabilidade dos médicos, relatando ainda que o Código Civil de 1916 colocava-os juntamente com os médicos, cirurgiões e farmacêuticos. O atual Código Civil em seu artigo 951 também os coloca em igualdade. Portanto caracteriza-se como sendo obrigação de meio como regra no Código. Para o autor a obrigação do dentista seria eminentemente contratual e de resultado com relação aos tratamentos de rotina como obturações e profilaxias.

Para Venosa (2006) o dentista muitas vezes assume a obtenção de um resultado satisfatório e, uma vez não conseguindo alcançá-lo, deverá responder objetivamente pelos danos. O referido autor faz a ressalva de que nem sempre, assim como a do médico, a responsabilidade civil do dentista será de resultado. Contudo, a ressalva feita pelo autor diz

respeito apenas aos atendimentos de emergência, sem consentimento prévio do paciente ou uma relação contratual. Vale destacar as considerações de Neto apud Venosa (2006, p. 145) sobre o assunto:

“Nas últimas décadas, os equipamentos e recursos odontológicos desenvolveram-se expressivamente. Há, no presente, várias especialidades da odontologia. Há especialidades que se constituem claramente obrigações de resultado como a restauração de dentes, a odontologia preventiva, a prótese dental e a radiologia. Outras situações, a exemplo da atividade médica, não admitem que se assegure um resultado, constituindo-se geralmente obrigação de meio, como a traumatologia buço-maxilo-facial, a endodontia, a periodontia, a odontopediatria, a ortodontia entre outras que merecem exame casuístico”.

Vê-se com essa explanação que o autor aborda de forma genérica a responsabilidade do dentista por área de atuação.

Diniz (2003) afirma que o dentista assume uma obrigação de resultado no que diz respeito à estética, exemplificando os procedimentos de prótese. Todavia também ressalva que existem tratamentos dentro da especialidade odontológica que não podem originar uma obrigação de resultado, como por exemplo, os tratamentos endodônticos, periodontais e no caso de uma restauração de uma cárie situada na parte atrás do dente, ressaltando que não haveria obrigação de resultado, mas sim de meio.

Suas conclusões vão além ao afirmar que em determinados procedimentos em que se alia um fim estético a um fim curativo deveria ser analisado o caso concreto para verificar como se enquadraria sua obrigação. Há uma classificação da responsabilidade do dentista em caso de culpa, mas adverte que essa diferenciação não importaria em tratamento diverso para uma ou outra categoria de falta:

“O dentista poderá cometer falta profissional, ou erro técnico, e falta ordinária. P. ex.: o erro de diagnóstico, erro e acidente na anestesia, erro de prognóstico, erro de tratamento, falta de higiene e erro na perícia são faltas técnicas, e a extração desnecessária de dentes, para aumentar a conta do cliente, é falta ordinária. Mas, na apuração de sua responsabilidade não há qualquer fundamento para tratar de modo diverso uma e outra espécie de falta.”(DINIZ, 2003, p. 275)

Para Rodrigues (2002) a responsabilidade dos médicos, cirurgiões e farmacêuticos é contratual. Ele ressalta que a mudança da idéia da natureza dessa responsabilidade de extracontratual para contratual decorreu de um avanço científico. Rodrigues (2002) considera que a vantagem de colocar a responsabilidade do dentista (O autor fala especificamente do médico, mas pode ser enquadrado o dentista no contexto) no

campo do contrato é limitada, pois o fato de ele não conseguir curar o doente não significa que ele inadimpliu a avença.

Ao iniciar o tratamento do doente o dentista deve assumir o compromisso de tratar o paciente com zelo, diligência e utilizando todos seus conhecimentos profissionais, procurando curar o doente. Dessa forma, o autor considera que sua responsabilidade seria de meio e não de fim, ressaltando que para ser comprovada a responsabilidade do dentista o doente deverá provar que o mesmo agiu com negligência e imperícia, ressaltando a severidade dos tribunais para ser provada a responsabilidade desses profissionais. O autor ressalta que no caso do médico no campo da cirurgia plástica, a obrigação assumida pelo profissional seria de resultado e não de meio. Nessa idéia poderiam-se enquadrar os procedimentos odontológicos que procuram satisfazer a estética do paciente como as próteses e restaurações estéticas. Há um tratamento diferenciado entre o doente que procura uma cura e a pessoa saudável que procura o profissional para remediar uma situação incômoda, porém que não trás danos a sua saúde. Dessa maneira, na obrigação de resultado o doente não procura que o médico se empenhe em obter um resultado satisfatório, mas que o mesmo seja alcançado.

Segundo Calvielli (1997) a atuação dos cirurgiões-dentistas encabeçada por pesquisadores e docentes da área de odontologia legal fez incutir na mentalidade dos doutrinadores que não podia mais prevalecer a responsabilidade de resultado como fator único dentro da ciência odontológica. Alguns procedimentos são dependentes de resposta biológica. Nos contratos que têm por objeto a atuação nas áreas da periodontia, endodontia e cirurgia por exemplo, existe uma imprevisibilidade condizente com as obrigações de meio. Já quando se cuida de tratamentos voltados para o aspecto estético essa obrigação seria de resultado.

Os avanços tecnológicos da medicina permitem que os procedimentos sejam realizados com mais segurança, diminuindo a possibilidade de intercorrências imprevistas que venham a prejudicar o procedimento. Porém, o organismo humano apresenta variações anátomo-fisiológicas que dificultam uma possível resposta de determinado tratamento, dentro dessa situação encontram-se os procedimentos odontológicos. A literatura faz constantes remissões a responsabilidade civil do médico, esquecendo da responsabilidade civil dos profissionais da área odontológica.

O campo de atuação do cirurgião-dentista que é delimitado por determinados pontos faciais em que em seu centro encontra-se a boca também está sujeito a realização de procedimentos que podem apresentar sucessos ou fracassos, dependendo de fatores fisiológicos que variam de uma pessoa pra outra, levando-se em consideração elementos como idade, raça, estado psicológico, condições sociais e os cuidados pós-operatórios que o paciente apresentar.

Como se pode perceber, há uma série de fatores externos que podem influenciar de forma negativa no tratamento, então considerar a responsabilidade do cirurgião-dentista como de resultado em qualquer caso seria extremamente punitivo, haveria uma ultrapassagem da idéia de proporcionalidade ínsita ao Direito. Deveria cada caso concreto ser avaliado de forma imparcial, independente de um pré-enquadramento da responsabilidade (se contratual ou extracontratual) baseada somente na natureza do procedimento.

### **13. A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO CIRURGIÃO-DENTISTA**

#### **13.1 Legislação específica**

A profissão de cirurgião-dentista apresenta-se regulamentada pela Lei nº 5081, de 24/08/66, em substituição à Lei nº 1314, de janeiro de 1951. A referida lei exige para o exercício profissional o diploma originado de uma instituição de ensino reconhecida pelo competente órgão de educação e posteriormente registrado no órgão de classe. As pessoas que foram graduadas em universidades estrangeiras também podem ter seu diploma reconhecido em território nacional desde que devidamente validado o diploma e satisfeitas as demais exigências. Para que o cirurgião-dentista possa anunciar-se como especialista deve estar autorizado pelo Conselho Federal de Odontologia, conforme regulamentado pela Resolução CFO- 185/93 em seu artigo 38 e seguintes, tal resolução aprova a Consolidação das Normas para Procedimentos nos Conselhos de Odontologia.

O presente trabalho ocupa-se dos aspectos cíveis da responsabilidade, contudo inerente a eles estão os aspectos éticos. O cirurgião-dentista ainda está vinculado a um Código de Ética Odontológico, apresentado na Resolução nº 179//91, de 19/12/91, alterado pelo Regulamento nº 01 de 05/06/98, que define obrigações e responsabilidades em seu art. 4º.:

Art. 4º. Constituem deveres fundamentais dos profissionais inscritos:

- I- exercer a profissão mantendo comportamento digno;
- II- manter atualizados os conhecimentos profissionais e culturais necessários ao pleno desempenho do exercício profissional;
- III- zelar pela saúde e pela dignidade do paciente;
- IV- guardar segredo profissional;
- V- promover a saúde coletiva no desempenho de suas funções, cargos e cidadania, independentemente de exercer a profissão no setor público ou privado;
- VI- elaborar as fichas clínicas dos pacientes, conservando-os em arquivo próprio;
- VII- apontar falhas nos regulamentos e nas normas das instituições em que trabalhe, quando as julgar indignas para o exercício da profissão ou prejudiciais ao paciente, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgão competentes;
- VIII- propugnar pela harmonia na classe;
- IX- abster-se da prática de atos que impliquem mercantilização da Odontologia ou sua má conceituação;
- X- assumir responsabilidade pelos atos praticados;
- XI- resguardar a privacidade do paciente durante todo o atendimento.

Aqui se vislumbra que é um dever do profissional manter-se atualizado para promover um melhor atendimento de seus pacientes de acordo com as modernas técnicas que permitam o alcance de um melhor resultado. Zelar pela saúde e dignidade do paciente entenda-se como um atendimento diligente e eficaz aplicando todo seu conhecimento para tal fim e finalmente assumindo a responsabilidade por seus atos.

Civilmente temos a aplicação do Código Civil e também do Código de Defesa do Consumidor.

### **13.2 Código Civil**

O artigo 186 do atual Código Civil que se aplica à responsabilidade civil em geral preconiza a idéia de culpa como seu fundamento: “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O artigo 927 que trata da matéria de forma mais específica estabelece que “aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Manteve a idéia anterior como visto. Porém, o mesmo artigo em seu parágrafo único estabelece: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza riscos para os direitos de outrem”. Aqui se começa a vislumbrar a abertura que o Código deu para os casos de responsabilidade objetiva, surgindo a possibilidade que o dano causado pelos odontólogos seja regulamentado de forma

específica e objetiva no futuro. Esse caminho já é aberto à jurisprudência. Segundo Gonçalves (2003), a principal inovação trazida pelo artigo 927 é permitir que a jurisprudência considere determinadas atividades como perigosas.

O artigo 951 refere-se à responsabilidade subjetiva no exercício da profissão daquele que age com negligência, imprudência e imperícia, causando a morte do paciente, agravando-lhe o mal, causando-lhe lesão ou inabilitando-o para o trabalho.

A regra geral da responsabilidade subjetiva dos dentistas seria a tese adotada pelo Código Civil.

### **13.3 Código de Defesa do Consumidor**

A importância do Código de Defesa do Consumidor é hoje indiscutível. Sua presença no artigo 5º da Constituição Federal conferiu-lhe o status de direito fundamental ao afirmar no inciso XXXII de tal artigo de que “o Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Tal assertiva determinava que o Estado editasse uma lei que promovesse tal defesa, tendo isso sido feito com a lei 8.078/1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC). Dada a natureza cogente de tais normas, elas não podem ser afastadas pela vontade das partes, aplicando-se assim na relação paciente/profissional na Odontologia.

O artigo 2º do CDC afirma: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Dessa forma, para Silva (2002) o paciente odontológico enquadra-se em tal perfil, por ser uma pessoa física sempre a qual se submete a um tratamento, adquirindo produtos em determinadas circunstâncias como quando adquire uma prótese, um aparelho ortodôntico ou uma documentação radiográfica, por exemplo. Utiliza um serviço quando o profissional realiza tratamentos, diagnóstico e planejamento. O mesmo autor demonstra que não é difícil enquadrar o paciente como destinatário final do produto ou serviço, o que torna o paciente odontológico perfeitamente adaptado ao conceito de consumidor.

Ainda o autor completa que no Conceito de fornecedor do artigo 3º do CDC engloba o cirurgião-dentista, a empresa prestadora de serviço odontológico, as pessoas jurídicas de direito público que prestam esse tipo de serviço, pessoas jurídicas de direito

privado (aqui o próprio odontólogo em seu consultório ou prestando serviços a uma empresa). O odontólogo exerce atividades que podem perfeitamente enquadrá-lo como fornecedor como a comercialização de produtos e prestação de serviços.

O rol de atividades realizadas pelo Cirurgião-dentista é variado, mas como exemplo de venda ocorre quando o Cirurgião-dentista confecciona e vende um aparelho ortodôntico móvel e como exemplo de prestação de serviço quando o odontólogo realiza determinado procedimento intraoral no paciente que engloba fases de diagnóstico, planejamento e execução.

Também não há dúvida que tal prestação de serviço ou venda de bem enquadra-se no conceito de produto presente no § 1º do artigo 3º do CDC que define: “ produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.”

O artigo 14 do CDC adotou como regra geral a responsabilidade civil objetiva do fornecedor ao estabelecer:

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

Contudo, vale ressaltar a ressalva feita pelo § 4º: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Aqui o código adota a responsabilidade subjetiva que só ocorrerá quando preenchidos os pressupostos já demonstrados em tópico anterior, ou seja, caso ocorra imprudência, negligência ou imperícia. Grinover et al (2001, p. 176 ) lembra:

“se o dispositivo comentado afastou, na espécie sujeita, a responsabilidade objetiva, não chegou a abolir a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova. Incumbe ao profissional provar, em juízo, que não laborou em equívoco, nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho de sua atividade”.

Júnior apud Calvielli (1997, p. 391) um dos redatores do CDC ressalta em sua literalidade:

“ A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é subjetiva, fundada na culpa (art. 14 § 4º) para cuja verificação incide o princípio do maior favor ao consumidor, que é o da inversão do ônus da prova (art.6º, VIII. Como a regra geral do CDC é o da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, foi preciso que a norma do art. 14 § 4º, mencionasse expressamente a exceção, qual seja, a responsabilidade pessoal do profissional liberal deve ser investigada a título de culpa, sendo esta subjetiva, portanto. Entenda-se aqui por profissional liberal aquele escolhido pelo consumidor *intuitu personae* isto é, para cuja escolha foram relevantes os elementos confiança e competência acreditados pelo cliente. Quando o profissional liberal integra pessoa jurídica ou presta serviços a pessoas jurídicas, a responsabilidade destas é objetiva, já que não se pode falar,

nestes casos, em responsabilidade pessoal, como menciona norma do art. 14 § 4º, do CDC”.

Complementando o pensamento do autor ( 1997, p. 391) acima:

“Deve ser feita a distinção, ainda, entre as obrigações de meio e as de resultado, para que se caracterize perfeitamente a responsabilidade do profissional liberal. Quando a obrigação do profissional liberal, ainda que escolhido *intuitu personae* pelo consumidor, for de resultado, sua responsabilidade pelo acidente de consumo ou de vício de serviço é objetiva. Ao revés, quando se tratar de obrigação de meio, aplica-se o § 4º do art. 14 do CDC, em sua inteireza, devendo ser examinada a responsabilidade do profissional sob a teoria da culpa. De todo modo, nas ações de indenização movidas em face do profissional liberal, quer se trate de obrigação de meio ou de resultado (objetiva ou subjetiva), é possível haver a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, conforme autoriza o art. 6º, VIII, do Código”.

O *caput* do referido artigo ainda ressalta a necessidade do profissional manter o paciente bem informado sobre o desenvolvimento do tratamento e suas possibilidades de sucesso. Isso pode ser alcançado fazendo o paciente assinar um termo de consentimento livre com todas as informações de forma clara. Esse tópico será melhor abordado posteriormente.

O §2º do artigo 14 diz que o serviço não será considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. Caso o profissional aja de forma diversa sem manter-se atualizado estaria atuando de forma contrária ao que preceitua seu Código de Ética. Porém o profissional não é livre para proceder como bem entender. Deve ele trabalhar com materiais e técnicas devidamente testadas e recomendadas pela comunidade acadêmica.

Tal medida não deve ser vista como um entrave à liberdade criadora do profissional nem à sua liberdade de convicção. Silva (2002, p. 173) afirma: “deve ele ater-se à manifestação das suas potencialidades quando do diagnóstico e da realização do tratamento que devem revelar todo seu conhecimento, habilidade e potencial”. Tal aceitação pela comunidade científica não necessita de unanimidade, devendo-se apenas afastar aqueles materiais e técnicas não preconizados por nenhuma corrente científica. Como exemplo, Vanrell (2002) cita o profissional que resolve irrigar o canal endodôntico do paciente com gasolina, o que não é preconizado por nenhuma escola.

O 3º § do referido artigo relata os casos em que será excluída a responsabilidade:

“ o fornecedor de serviços não será responsabilizado quando provar: I- que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;  
II- a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Aqui se aplicam as regras gerais da exclusão da responsabilidade civil já vistas acima. Nessas situações, aconselha-se o profissional que mantenha vasta documentação a fim de isentar-se de responsabilidade em caso de possível ação judicial. A melhor maneira de fazê-lo conforme demonstra Silva (2002) é por meio de fotografias, modelos, radiografias com datas distintivas de sua realização e registros na ficha clínica do paciente com a rubrica deste, podendo inclusive o profissional usar de sua criatividade e em cada caso concreto usando de documentos outros. Entende-se que a rubrica poderia ser melhor substituída pela assinatura, mais legitimamente reconhecível.

As empresas prestadoras de serviço odontológico não se enquadram no caso do § 4º por não serem profissionais liberais, mas devem enquadrar-se no caput do referido artigo, respondendo de forma objetiva. Isso ocorre porque no caso das empresas não há a relação *intuito personae* dos serviços prestados pelos profissionais liberais. Dessa forma, basta ocorrer o dano para a empresa ser obrigada a indenizar. Contudo, Silva (2002) ressalta que alguns tribunais vêm aplicando às empresas os preceitos do art. 14 § 4º alegando que o que vale é a natureza da prestação do serviço que se iguala a de uns profissionais liberais, devendo-se nesses casos também se aplicar à responsabilidade subjetiva. Caso o dentista trabalhe em hospitais ou no serviço público, a pessoa jurídica responderá de forma objetiva, cabendo ação regressiva contra o profissional em caso de culpa. A pessoa jurídica de direito privado responde de forma objetiva nos termos do CDC e a pessoa de direito público e as pessoas de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos causados por seus agentes nos termos do artigo 37 § 6º da Constituição Federal. Ressalta-se que no caso das pessoas jurídicas de direito público, cabe ação regressiva contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O CDC em seu artigo 26 também preceitua prazos para reclamar a prestação do serviço:

“o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:  
(...)  
III- noventa dias tratando-se de fornecimento de serviços e produtos duráveis  
Parágrafo 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução do serviço  
(...)  
Parágrafo 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito”.

O paciente tem prazo para demonstrar sua insatisfação com relação ao tratamento. Os defeitos visíveis ou de fácil constatação são os que o ser humano com um grau médio de discernimento é capaz de perceber, conforme afirma Silva (2002). O início e o término desses prazos no caso dos tratamentos odontológicos é a partir da entrega efetiva do produto ou do final da execução dos serviços, que será caracterizado pela alta do paciente consumidor. Essa alta pode ser formalizada pela assinatura do paciente na ficha odontológica de maneira a contar o prazo. Caso contrário, conforme exemplifica o autor, o paciente poderá alegar que determinada prótese ainda está em fase de teste.

Com relação ao vício oculto, deve-se tomar os mesmos cuidados com a assinatura do paciente na ficha clínica. Um exemplo claro de defeito oculto ocorre quando o paciente submete-se um tratamento de canal. Nesse caso, quando o canal é mal obturado, desobedecendo à técnica operacional ocorre a agudização de uma lesão crônica assintomática tempos depois e, a partir daqui, o paciente terá um prazo de 90 dias para reclamar.

O autor ressalta que a melhor maneira do profissional resguardar-se é mantendo registro dos pacientes com o respectivo material de prova (radiografias, fotos, modelos e etc.) por toda a vida profissional. Dessa forma, o consultório padecerá de uma burocratização e perenização dos documentos necessárias nesse atual contexto para a defesa dos profissionais e para embasar as teses dos advogados numa eventual ação.

Com relação às práticas abusivas o CDC em seu artigo 39 afirma:

“Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas  
(...)

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

(...)

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes.”

Dessa forma, Silva (2002) observa que o odontólogo como detentor do conhecimento técnico deve evitar abusos. Não deve impor tratamento a paciente que estejam fragilizados pela doença ou que demonstrem menor conhecimento ou idade.

Outra prática que deve ser evitada pelos profissionais é o não fornecimento de orçamento prévio e/ou o início do tratamento sem autorização do paciente. Isso pode ser

evitado pelo uso de um contrato de prestação de serviço assinado pelo dentista e pelo paciente.

Uma situação comum é a mudança de procedimento no decorrer do tratamento por necessidade do paciente, podendo ficar mais caro ou mais barato. Nessa situação deve o profissional esclarecer ao paciente e com o consentimento desse continuar o tratamento. Caso o paciente não concordar com o novo plano de tratamento acertam-se as pendências e ele é liberado para procurar outro profissional.

#### **14. ERRO ODONTOLÓGICO NO ATENDIMENTO CLÍNICO**

A maioria dos autores estudados neste trabalho faz referência de forma enfática à responsabilidade civil do médico. Mas, devido a sua intrínseca relação à atividade do odontólogo são necessárias algumas observações fundamentais para a compreensão do tema.

No passado vigorava a idéia de ampla liberdade de agir, chegando-se ao exagero de admitir ser a medicina “um mandato ilimitado junto à cabeceira do doente, ao qual só pode aproveitar essa condição”, chegando ainda a afirmar que o diploma médico era a prova incontestável da competência e que a medicina não era uma ciência sujeita a lógica da matemática (FRANÇA, 2001, p. 438).

Contudo, com o passar dos anos e a evolução do ordenamento jurídico chegou-se à conclusão que não era dessa forma. O autor supracitado ressalta que o fato de o profissional da área de saúde ter um diploma e notadamente exercer arte médica não o exime da falibilidade e não o isenta da responsabilidade.

Neto (1998) relata que apesar da constante evolução da ciência, quer no campo do diagnóstico ou da medicina curativa, com o desenvolvimento de aparelhos de alta tecnologia ainda existe uma certa aura de romantismo em torno dessa profissão, continuando o médico a ser visto como um sacerdote abençoado com o dom da cura. Data vênua a opinião do renomado autor, a ciência evoluiu a tal ponto que este pensamento encontra-se ultrapassado.

Uma diferenciação do erro médico em erro de conduta e erro de diagnóstico é proposta por França (2001). Têm se pronunciado que o erro de diagnóstico seria incabível

desde que o médico tenha empregado a corretas técnicas e não tenha sido negligente. Já o erro de conduta seria o mais comum, devendo ser examinado de forma minuciosa, pois pode haver discordância da validade de cada método e conduta. Nessas duas situações acima descritas pode-se incluir a atividade do dentista que passa pela fase do diagnóstico e da execução do procedimento. Neto (1998) afirma que o erro de diagnóstico é em princípio escusável, a menos que seja totalmente grosseiro. Dessa forma seria perdoado tal erro se um médico prudente fosse incapaz de cometê-lo atuando em condições semelhantes à de outro. Aqui se vê a importância dos exames complementares para embasarem o diagnóstico. Qualquer omissão por parte do profissional em solicitar um exame basilar para dar um diagnóstico configuraria uma atuação culposa.

Segundo França (2001), ainda vale ressaltar uma diferenciação entre o erro médico e o mal resultado. O mal resultado resultaria das más condições de trabalho em que são submetidos os profissionais de saúde do país. Esse mau resultado surgiria de situações imprevisíveis que ocasionariam resultados atípicos e indesejados pelo profissional. Também poderia surgir de situações atípicas da resposta do organismo de cada indivíduo ao tratamento realizado, dessa forma o autor procura demonstrar que a ciência médica apesar de toda evolução ainda não é infalível. O autor, dessa forma, ressalta que ele não procura afirmar que inexistam o erro médico, mas que o mal resultado pode ser ocasionado por outros fatores que não sejam o erro profissional.

Adentrando especificamente no campo da odontologia, Campos (2002) evidencia a *mala praxis* definindo-a como consequência de um resultado adverso ocorrido durante um ato odontológico, relatando que tudo que acontecesse com um paciente resultante de uma ação ou omissão seria *mala praxis*.

Campos (2002, p. 140) afirma ainda que a escola de formação do cirurgião-dentista pode influenciar em seus atos. Existem escolas: “mais intervencionista; outra mais expectante; uma mais clínica, outra mais cirúrgica; uma respeitando mais a evolução biológica do organismo frente aos procedimentos, outra mais rápida e que sacrifica, em aras da celeridade, os ritmos biológicos de cada paciente”.

O CDC no artigo 26 também prevê prazos para o paciente reclamar dos vícios aparentes ou de fácil constatação como também dos vícios ocultos. Ele também ressalta outros fatores imprevisíveis como falha de fábrica da resistência dos materiais usados,

reações idiossincrásicas à fármacos, sensibilidade pessoal exacerbada à presença de bimetais, dentre outro fatores.

Com isso fica patente que para poder caracterizar a responsabilidade do dentista deve ficar evidenciado sua culpa no procedimento, pois mesmo que empregue a boa técnica podem ocorrer fatores como os acima citados, que levem ao insucesso e podem ser enquadrados em caso fortuito e de força maior.

A caracterização da culpa do dentista deve partir da possível identificação de atos de negligência, imprudência ou imperícia em sua conduta. A autora demonstra passos que devem ser seguidos para que haja a investigação e a possível responsabilização do profissional (CAMPOS, 2002). Essas etapas são de fundamental importância de conhecimento por parte do advogado para que ele tenha ciência dos quesitos formulados em perícia.

Em um primeiro momento deverá ser feito o exame clínico-radiográfico que procurará verificar: congruência entre queixa e tratamento, existência de lesões, existência de seqüelas lesionais, etiologia das lesões e das seqüelas, tipos de procedimentos ou trabalhos realizados, coerência entre o quadro clínico e os procedimentos seguidos, congruência entre os procedimentos seguidos e os recomendados, qualidade dos materiais utilizados, biocompatibilidade dos materiais, ajustes adequados, relação custo-benefício entre os procedimentos adotados e os resultados obtidos, grau de informação oferecido ao paciente antes de submetê-lo ao tratamento e grau de satisfação do paciente com o trabalho que lhe foi realizado.

O segundo passo consiste na identificação de erros de diagnóstico, por ação: semiologia realizada com técnica defeituosa, com descaso ou com imprudência, interpretação equivocada dos dados semiológicos, ainda que tenham sido corretamente obtidos. Por omissão: quando se deixa de usar um recurso indispensável

O terceiro é pela verificação de erros de planejamento por ação: planejamento errôneo de um tratamento, recomendação de um tratamento sem medir as conseqüências.

## **15. CONSENTIMENTO ESCLARECIDO NO ATENDIMENTO ODONTOLÓGICO**

Silva (2002) afirma que o consentimento esclarecido consiste na manifestação livre do paciente, após receber todas as informações sobre os riscos e benefícios etc.

relacionados com o tratamento que irá receber, respeitando sua autonomia de vontade de querer ou não se submeter ao que lhe é proposto. Pela própria definição do termo já se tem noção do que se trata. Vale lembrar ainda que a realização de tratamento sem a autorização do paciente é considerada prática abusiva e como tal é reconhecida como amostra grátis conforme parágrafo único do artigo 39 do CDC. Dessa forma o paciente deve ser informado de maneira minuciosa sob o tratamento que irá receber de forma clara e esclarecida que não venha a comportar nenhuma dúvida sob o tratamento.

A informação e a adesão são os fundamentos das decisões autônomas do paciente. Instrumento de consentimento ou recusa de procedimentos em saúde que lhe foram propostos. Estar informado não se iguala a condição de estar esclarecido. É necessário que compreenda o sentido das informações fornecidas. Ressalta-se a necessidade que elas interajam com o universo cultural e psicológico do paciente. Os profissionais devem evitar uma linguagem excessivamente técnica quando forem informar os pacientes, pois tal maneira de proceder pode constranger o paciente e fazê-lo não tomar a decisão mais correta.

Dessa forma o CDC é claro em seu artigo 39 ao vedar dentre as práticas abusivas em seus incisos IV e VI conforme vistos anteriormente ser vedado ao profissional que se prevaleça da fraqueza do consumidor ou execute serviços sem prévia elaboração de orçamento. A hipossuficiência é um traço de cada consumidor de forma individualizada. Dessa forma cada pessoa de acordo com sua situação social ou conhecimento adquirido devem ser informadas. Grinover et al (1999, p. 325) afirma:

“ o consumidor é reconhecidamente, um ser vulnerável no mercado de consumo (art. 4º,I). Só que, entre todos os que são vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superior à média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo.”

Dessa forma Grinover et al (1999) ainda completa que a vulnerabilidade é um traço comum a todos os consumidores, mas a hipossuficiência é uma marca pessoal jamais de todos. Percebe-se que a informação do orçamento prévio e o fornecimento de informações são fundamentais para o início do tratamento. França (2001) ressalta que o esclarecimento não pode ter caráter estritamente técnico, devendo tal linguagem ser decodificada para o leigo, evitando-se assim interpretações duvidosas e temerárias.

Silva (2002) recomenda que, como conduta profissional diligente, deve o dentista fornecer um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido ao paciente o mais completo possível sob risco de repetir informações que já constam do orçamento e contrato de prestação de serviços profissionais.

O odontólogo deve informar o paciente sobre todas as circunstâncias que podem influir em seu tratamento e as opções de tratamento que ele possui todas de acordo com os conhecimentos técnicos da profissão. Contudo, o consentimento do paciente apresenta limites de validade e eficácia, estendendo-se até o limite da informação que recebeu. Dessa forma, Silva (2002) afirma que a informação concedida ao paciente assume importância qualitativa e quantitativa, devendo ser acessível ao universo cultural do paciente de modo que ele possa compreender tudo de forma clara e possa decidir de acordo com sua autonomia e convicção. Não podem restar pontos omissos e obscuros que possam afetar sua decisão. O consentimento está relacionado com o brocardo latino “*Nihil volitum quem praecognitum*” (“Nada é querido sem antes ser conhecido”).

Questão importante também é a relativa às opções apresentadas ao paciente. Se ele possui várias possibilidades todas devem ser abordadas. Se todas estão no mesmo nível do ponto de vista custo/benefício para o paciente isso deve lhe ser dito. Caso contrário o profissional deve estabelecer uma hierarquia com base em seu conhecimento técnico expondo o que seria melhor para o paciente, levando em consideração inclusive o aspecto econômico.

Dessa forma, Silva (2002) refere que o Termo de Consentimento Informado deve ser um instrumento de um processo gradual e contínuo dentro da relação profissional/paciente, implicando em duas principais características voluntariedade e informação. França (2001, p. 412) destaca:

“Admite-se também que, em qualquer momento da relação profissional, o paciente tem o direito de não mais consentir uma determinada prática ou conduta, mesmo já consentida por escrito, revogando assim a permissão outorgada (princípio da revogabilidade). O consentimento não é um ato irrevogável e permanente. E ao paciente não se pode imputar qualquer infração ética ou legal para tal desistência”.

Como exposto o odontólogo tem liberdade de exercer sua profissão de acordo com sua livre convicção. Contudo, tal convicção encontra limites nas técnicas científicas reconhecidas, bem como deve estar de acordo com o ordenamento jurídico e os princípios

morais e éticos. Com base nesse conhecimento técnico não deve ele também curvar-se à vontade do paciente se for contra sua convicção.

## 16. CONCLUSÃO

A responsabilidade civil dos odontólogos, como dos demais profissionais da área de saúde, vem apresentando uma maior relevância no âmbito jurídico. Tal fato decorre do maior avanço tecnológico e de um aumento da conscientização da população de que os serviços médico-odontológicos devem ser devidamente prestados. A responsabilização desses profissionais em outros países do mundo de nível sócio-econômico mais elevado tem aumentado vertiginosamente enquanto no Brasil ainda ocorre de forma incipiente.

A despersonalização da relação paciente profissional, aliada a uma maior consciência da população como paciente-consumidor vem propiciando também o aumento da demanda contra esses profissionais. Outrora, dentistas como médicos eram vistos com maior reverência pela população que atualmente os coloca no mesmo patamar de outros profissionais prestadores de serviço. Tais exigências do mercado criam na mentalidade dos profissionais comprometidos com a boa prática de sua profissão a manutenção de uma atualização constante, conseqüentemente permitindo um tratamento de melhor qualidade ao paciente.

A não prestação de um serviço de qualidade acarretará sanções aos infratores notadamente pecuniárias. Tais danos podem repercutir no patrimônio do paciente que despendeu grande soma em dinheiro e não obteve o sucesso almejado. Na esfera moral, devido à frustração causada por um tratamento sacrificante e sem resultado e na sua estética que pode ser causada por uma falha no procedimento alterando o aspecto físico do paciente que refletirá em seu patrimônio ou sua moral.

Ainda vê-se como regra a responsabilidade civil subjetiva desses profissionais presente na legislação pátria. Contudo, há um caminho aberto para a jurisprudência e para futuras leis especiais no atual Código Civil que podem mudar esse panorama. O Código de Defesa do Consumidor foi outro marco em prol das vítimas dos erros profissionais que apesar de ter mantido a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais na relação *intuitu personae*, determinou o ônus da prova para esses profissionais em tal relação

consumerista. Ainda apresenta a manutenção da responsabilidade objetiva para as empresas e outras pessoas jurídicas que prestam serviços odontológicos para a população.

O debate vem se alargando com o reconhecimento de algumas especialidades odontológicas ligadas à estética, como obrigação de resultado. Dessa forma, a obrigação de meio ficaria restrita a determinadas especialidades que apesar do avanço tecnológico ainda estão sujeitas a respostas imprevisíveis do organismo. Vislumbra-se uma tendência ao alargamento dessa responsabilidade de resultado nos casos dos profissionais odontólogos à medida que ocorrem maiores avanços científicos que afastam a imprevisibilidade. Em tais situações de obrigação de resultado bastaria ser provado o dano para que ocorra tal ressarcimento, pois o não alcance do resultado já seria uma manifestação de culpa contratual.

Há também a possibilidade de ser provada a culpa da vítima que excluiria a responsabilidade do profissional por não ter seguido as determinações profissionais no pós-tratamento. A maneira como o paciente porta-se no pós-operatório no campo da odontologia é de fundamental importância para o sucesso do tratamento e para isso o profissional deve informar o paciente de forma minuciosa de como proceder. A omissão de informação também pode ser motivo para a responsabilização do profissional.

A sociedade atual exige cada vez mais de tais profissionais e dessa forma eles devem ser resguardar de todas as maneiras possíveis das ações judiciais. O termo de consentimento esclarecido seria a melhor forma de proceder, deixando o paciente ciente de todo procedimento que será realizado e dos riscos e possibilidades de sucesso e insucesso. Tal medida constante de termo devidamente assinado pelo paciente isentaria o odontólogo de determinadas situações, principalmente nas que envolverem obrigações de resultado, uma vez que o paciente seria alertado previamente das possibilidades de sucesso.

A atual tendência no campo da medicina de haver uma expansão dos seguros médicos também seria refletida no campo odontológico. A dificuldade da prova da culpa profissional, o corporativismo, dessas classes profissionais e o dano ocasionado sempre maior que qualquer reparação pecuniária seriam justificativas para o reconhecimento da responsabilidade objetiva de tais profissionais com a conseqüente implantação de um seguro profissional obrigatório. A temeridade de possíveis ações judiciais que prejudicaria o exercício profissional também seria afastada por tal seguro. Como dito o seguro

diminuiria o valor das indenizações, mas com os atuais fins sociais do Direito em proteger a coletividade em detrimento do individualismo se garantiria pelo menos o mínimo de ressarcimento para diminuir o prejuízo causado.

Os cursos de odontologia em suas disciplinas de Odontologia Legal também poderiam dar maior ênfase às conseqüências das ações de seus futuros profissionais, procurando ainda desenvolver um senso de responsabilidade moral.

## 17. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPOS, Maria de Lourdes Borborema. Aspectos clínicos do erro odontológico. In:

CALVIELLI, Ida T.P. O Código de Defesa do Consumidor e o Cirurgião-Dentista como prestador de serviços. In: SILVA, Moacyr da. *Compêndio de Odontologia Legal*. Rio de Janeiro: MEDSI, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 6. ed. Rio de Janeiro, Guanabara Koogan, 2001.

GOMES, Jocemara Marcondes. **Consentimento Esclarecido**. EAP-ABO Maringá. Disponível em: <http://www.malthus.com.br/artigos.asp?id=158> Acesso em: 09 abr 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 32 ed. São Paulo. Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos**. 11. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Parte geral das obrigações**. 19. ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** Da responsabilidade civil. 19. ed. v.4. São Paulo: Saraiva, 2002,

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável.** São Paulo: Editora Lejus, 1999.

SILVA, Moacyr da. **Compêndio de odontologia legal.** Rio de Janeiro: MEDSI, 1997.

SILVA, Ricardo Gariba. Consentimento Esclarecido. In: VANRELL, Jorge Paulete. **Odontologia Legal & Antropologia Forense.** Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. Responsabilidade Civil e Penal do Médico. Campinas – SP: Editora LZN., 2003. Disponível em: <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia>. Acesso em: 06 mar 2006.

VANRELL, Jorge Paulete. **Odontologia Legal & Antropologia Forense.** Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil.** 6. ed. v.4, São Paulo: Atlas, 2006.