

NOTAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS ODONTOLÓGICOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS DENTISTAS.

João Eberhardt Francisco

"O ponto de vista, em que nos devemos focalizar, para compassar com o espírito toda a extensão da responsabilidade profissional, como proteção aos valores sociais e humanos em jogo, não é o do paciente, em sua posição de vítima, não é o do profissional, em atitude de responsável; tem de ser o ponto de vista, mais alto e mais dilatado, da humanidade, organizada na ordem jurídica, para poder sustentar-se na composição e na harmonia de todos os interesses, evoluindo socialmente da subordinação à matéria aos triunfos do espírito e da cultura" J. Guimarães Menegale.

I. BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Com o surgimento da intervenção do poder estatal na solução dos conflitos, superado o sistema da vingança privada, passam a funcionar os sistemas jurídicos com fulcro na ação coercitiva estatal no intuito de regular as relações humanas através da sanção.

Organizaram-se, assim, os ordenamentos jurídicos através de mandamentos proibitivos, que, uma vez descumpridos, ensejariam a ação do Estado de modo a punir o infrator e restaurar o equilíbrio danificado por eventuais distúrbios¹.

O secular anseio de reequilibrar as relações humanas através do binômio mandamento-sanção é, ainda hoje, uma das idéias-força estruturantes dos ordenamentos jurídicos, colocando em seu epicentro a responsabilidade do infrator por seu ato.

¹ Nesse tocante, a referência a *Lei Aquilia* é obrigatória, diploma que permitiu o desenvolvimento da responsabilidade civil extracontratual no Direito Romano, havendo substituído as penas fixas estabelecidas na *Lei das XII Tábuas*, pela idéia de reparação pecuniária do dano causado, consolidando a transição do sistema de vingança privada para o sistema do monopólio estatal da força coercitiva.

O professor LIMA LOPES, já alertava que *“todo o direito, como o entendemos hoje em dia, pode ser resumido na questão da responsabilidade: de quem deve o que, a quem e em que casos. Isto quer dizer, toda a pergunta a fazer, em termos jurídicos, pode resumir-se, em última instância, ao saber como atribuir sanções, positivas ou negativas.”*²

E mais adiante, ao tratar da responsabilidade nos diversos ramos do direito, esclarece o autor:

*“Todos os ramos do direito procuram dar a esta questão suas próprias respostas, organizando um quadro de referências que lhes seja mais ou menos próprio. Assim, construiu-se um sistema de sanções e responsabilidades civis entre particulares, outro de sanções e responsabilidades penais, outro de sanções e responsabilidades administrativas. Todos se resumem numa teoria geral da responsabilidade, objeto da teoria geral do direito”*³

A nós interessa, para os fins do presente estudo, o conceito de responsabilidade na regulação das relações civis privadas, no âmbito contratual ou não, com o deslocamento da questão de "quem produziu" o dano (caráter punitivo da sanção) para "como será ressarcido o dano" (caráter reparatório da sanção).

Nesse contexto, devemos considerar que o conceito de responsabilidade civil varia de acordo com as correntes doutrinárias adotadas pelos estudiosos, bem como em função do período histórico de seu desenvolvimento.⁴

Podemos salientar aqui a longínqua querela entre os subjetivistas e os objetivistas. Aqueles, reportando ao ato culposo (e, portanto, ao agir individualizado) o núcleo central da responsabilidade civil e do subsequente dever indenizatório; estes, centralizando a preocupação no direito da vítima ao ressarcimento, levando em conta, geralmente, o tipo de atividade desenvolvida pelo causador do dano e os riscos que a envolvem.

² “Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor”, p. 9-10. São Paulo: RT, 1992.

³ Idem, ibidem.

⁴ Sobre a dificuldade de definição do conteúdo de responsabilidade civil: DIAS, José de Aguiar, “Da responsabilidade civil”, vol. I, 10 ed., p. 13. Rio de Janeiro: Forense, 1998. *“O dissídio que lavra na doutrina, com relação ao problema da responsabilidade civil, alcança todos os seus aspectos. E começa, naturalmente, pela sua definição, a cujo propósito se manifestam divergências tão profundas – a acusar a luta, fecunda de conseqüências, entre a concepção tradicional de culpa e a doutrina moderna do risco – que Mazeud e Mazeud, não obstante sua colocação entre os maiores pesquisadores da matéria, não hesitam em confessar a tentação de enfrentar o tema sem o definir.”*

Tal disputa caminha ainda hoje, sendo travada lenta e gradual alteração em âmbito acadêmico, nos tribunais e na coloração a ser dada aos instrumentos legislativos emanados pelo Estado.

Como exemplo deste debate no nível legislativo, pode-se citar a edição da lei 8.078/90 (“*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*”), que optou majoritariamente⁵ pelo conceito objetivo, entre outros fatores, por influência do direito norte-americano⁶, e o Projeto de Código Civil, que abre espaço para as duas concepções.⁷

As divergências aparecem também, como afirmado, em função do período histórico no qual os estudiosos desenvolveram suas pesquisas e emitiram concepções.

O civilismo do início do século, influenciado pelas concepções individualistas do liberalismo dos séculos XVIII e XIX, foi pródigo em deslocar a questão para o âmbito da culpa individual.

Embasados no Código Napoleônico, estudiosos da responsabilidade civil afirmavam sustentar-se a necessidade de reparação do dano somente na prova de conduta culpada do agente.⁸

⁵ Como ver-se-á adiante, foi mantida a concepção subjetiva em relação à responsabilidade civil dos profissionais liberais.

⁶ Os doutrinadores responsáveis pela elaboração da referida lei esclarecem a influência do direito norte-americano. “Uma palavra à parte merece a influência do direito norte-americano. Foi ela dupla. Indiretamente, ao se usarem as regras européias mais modernas de tutela do consumidor, todas inspiradas nos cases e statutes americanos. Diretamente, através da análise atenta do sistema legal de proteção ao consumidor nos Estados Unidos. Aqui foram úteis, em particular, o Federal Trade Commission Act, o Consumer Product Safety Act, o Truth in Lending Act, o Fair Credit Reporting Act e o Fair Debt Collection Practices Act.” (GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto”, 5 ed., p. 10. São Paulo: Forense, 1997)

⁷ Até autores que laboram majoritariamente no campo da culpa e da análise individualizada da responsabilidade civil, notam os desdobramentos desta disputa. Vide PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Responsabilidade Civil”, 9ª ed., p. 24. Rio de Janeiro: Forense, 1998: “O Projeto do Código de Obrigações de 1965 estabeleceu, então, no art. 855, a norma geral de subordinação da responsabilidade civil independentemente da culpa, nos casos previstos em lei. E o art. 872 perfiha abertamente a teoria do risco criado, nestes termos: aqueles que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito o à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo. Com este enunciado, sem repelir a teoria da culpa, institui a presunção do risco, em decorrência da atividade ou profissão do causador do dano. O Projeto de Código Civil de 1975 (Projeto 634-B) absorveu a doutrina e estabeleceu, no art. 929, parágrafo único: Todavia 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, risco para o direito de outrem. A tendência manifesta dos dois projetos de reformulação de nosso direito privado fazia prever que, de iure condendo, a teoria do risco encontraria abrigo em norma genérica de nosso direito positivo.”

⁸ Sobre o tema, PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 6. “Dada sua influência na construção da doutrina francesa, pode-se dizer que a teoria da responsabilidade civil nos Códigos modernos deve muito ao Código Napoleônico. Neste monumento legislativo de 1804, vai buscar inspiração o conceito de responsabilidade civil no século passado, notadamente o princípio enunciado no

Entretanto, com a expansão irresistível da indústria, a realidade social alterou-se de forma drástica, notadamente pela certeza da ocorrência de acidentes e danos oriundos de atividades até então desconhecidas.

Este novo padrão de organização histórica acabou levando a responsabilidade civil para outros quadrantes, pois com a revolução industrial e as conseqüências desse fenômeno, tornaram-se mais complexos e perigosos os mecanismos de relacionamento privado, sendo cada vez mais difícil a reparação da vítima dentro da concepção subjetiva de responsabilidade até então dominante.

BITTAR noticia a influência da revolução industrial sobre o pensamento jurídico:

“(..). experimentou, mais tarde, a teoria em causa, sensível evolução, a partir da introdução das máquinas no processo industrial (na denominada Revolução Industrial) e das conseqüências desse fenômeno, com destaque para a intervenção do Estado nos domínios privados e a evolução do pensamento humano, com a predominância de um sentido social no enfoque e na solução das questões então surgidas, em particular na relação empresa-trabalhador. Com efeito, com a disseminação do uso de máquinas, tornando mais complexos e mais perigosos os mecanismos de relacionamento privado, buscou o pensamento jurídico fórmula de equilíbrio que pudesse assegurar às vítimas a necessária reparação. Verificou-se desde logo – e, inicialmente, no campo dos acidentes do trabalho – que insuficiente se mostrava a concepção da responsabilidade civil embasada na subjetividade, para a perfeita satisfação do lesado, em especial pelo aumento dos riscos que as máquinas acarretaram, pela sucessão de acidentes com elas ocorridos e pela aceleração do hiato entre o empresário (dono das fábricas e de grandes capitais) e o trabalhador (hipossuficiente e sem mecanismos de defesa adequados).” 9

Mas o conceito de responsabilidade civil continua a sofrer constante evolução, principalmente diante do que se convencionou denominar de “A Era Tecnológica”, verificando-se a necessidade de responsabilização em campos do conhecimento antes sequer

art. 1.382: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*”

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. “Responsabilidade civil nas atividades perigosas”, in *Responsabilidade Civil – doutrina e jurisprudência*, p. 89, coordenado por Yussef Cahali. São Paulo: Saraiva, 1994.

imaginados, como no comércio eletrônico e informacional ou na utilização da biotecnologia¹⁰.

Desponta nessa análise a autora argentina GRACIELA NORA MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ:

“La era tecnológica – a su turno – presenta nuevos problemas a la indemnización de daños, como ha quedado evidenciado por la preocupación de los juristas en los últimos tiempos, tendientes a lograr la adecuación del derecho a los nuevos cambios: responsabilidad civil emergente de la informática, y los futuros daños que aún nos aguardan como consecuencia del desarrollo de la biotecnología. Esta problemática – resultado de la evolución tecnológica – fue conformando verdaderas tendencias e la teoría general de la responsabilidad civil: 1. la ampliación de los daños reparables; 2. la objetivación de la responsabilidad civil; 3. la prevención y evitación de los daños; 4. el aumento de la nómina de factores de atribución; 5. el ensanchamiento de la posibilidad de reclamar: sea por el campo más amplio de legitimados pasivos contra quienes dirigir la acción o por el reconocimiento de mayor cantidad de legitimados activos; 6. el aligeramiento a la víctima de la carga de la prueba, que también se logra, en ocasiones, por las presunciones de causalidad cada vez más numerosas; 7. un proceso gradual de socialización de los riesgos mediante el seguro obligatorio y la seguridad social; 8. y, en fin, la protección de las víctimas de daños asegurándole el cobro de la indemnización que se logra mediante mecanismos tales como la invalidez de la abreviación convencional del plazo de prescripción, la nulidad de las cláusulas limitativas de responsabilidad o la creciente preocupación por reglamentar los contratos de contenido predispuesto y condiciones generales. Este diseño nuevo de la responsabilidad civil nos lleva también al replanteo de sus funciones y fundamentos que adecuen a los nuevos tiempos.”¹¹

LEITE DE CAMPOS igualmente explica o alargamento da responsabilidade civil, demonstrando que a evolução das relações humanas, principalmente diante da revolução industrial e, agora, tecnológica, exige, em atenção aos princípios de justiça, que nenhum dano fique sem ser indenizado, não mais se admitindo a *“necessidade de suportar, como um preço de existir, os poucos danos que eram produzidos sem culpa e que, no fim das contas, iam onerar*

¹⁰ Nesse ponto, vem o Brasil enfrentando interessante e importantíssimo debate em relação aos produtos agrícolas transgênicos, desenvolvidos com moderna tecnologia genética e patenteados. As respostas de diversos setores têm sido diferentes, com destaque para o posicionamento recente do governo do Rio Grande do Sul.

¹¹ GUTIÉRREZ, Graciela Nora Messina de Estrella. “La responsabilidad civil en la era tecnológica – tendencias y prospectiva”, p. 16. Buenos Aires: A.P., 1989.

*um diminuto número de cidadãos, escolhidos indiscriminadamente de entre todo o corpo social*¹²

Articulando tese preocupada com a convivência do homem e as técnicas evitadas de risco que surgem, o autor traz notável contribuição:

*“Proibir essas atividades perigosas seria o mesmo que impedir o progresso técnico. Em vez disso, passou-se a entender que quem utiliza coisas perigosas deve suportar as conseqüências prejudiciais do seu emprego, já que delas colhe o principal benefício (‘ubi commoda ibi incommoda’). Se no âmbito da circulação automóvel a evolução ainda não ultrapassou, marcadamente, a fase da responsabilidade objetiva, nos acidentes de trabalho foi mais longe, com base na consideração de que tais acidentes são, muitas vezes, resultantes de descuidos ou negligência explicáveis pela fadiga ou falta de preparação do operário, pôs-se a cargo da entidade patronal a indemnização de todos os danos que não resultem de dolo ou culpa grave do trabalhador. Tratar-se-ia, do mesmo modo, de um risco derivado da máquina e da organização da empresa moderna. (...) Os acidentes de trabalho e os ocasionados por veículos automóveis foram, sem dúvida, o núcleo de um processo que se estendeu a muitos outros campos, impulsionado pela idéia de que nenhum dano deve ficar sem indemnização. E para o dano não ficar sem indemnização é necessário, pelo menos em uma primeira fase, encontrar um responsável. Nesta procura multiplicam-se os casos de responsabilidade objectiva (acidentes de caça, por ex.), de presunção de culpa (pessoas encarregadas de vigilância, etc.), e as obrigações de resultado.”*¹³

Mais adiante, essa procura de um responsável através da adjetivação da responsabilidade civil (por culpa presumida, objetiva etc.) sofrerá a concorrência da ação previdenciária estatal e do seguro privado, não se cogitando apenas do responsável pelo ressarcimento do dano, mas também dos modos de garantir que os danos não causem disfunções nas relações estabelecidas.

II. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL NA VISÃO DOS CIVILISTAS

¹² LEITE DE CAMPOS, Diogo José Paredes. “Seguro da Responsabilidade civil fundada em acidentes de viação – da natureza jurídica”, p. 16-9. Coimbra: Almedina, 1971.

¹³ Idem ,ib idem.

O conceito de responsabilidade civil, como vimos, tem apresentado diversas concepções, sendo única constante observável a tentativa dos legisladores e doutrinadores em acompanhar as evoluções e revoluções (ou, na terminologia de THOMAS KHUN¹⁴, "rupturas paradigmáticas") que se apresentaram na sociedade.

Procuraremos, contudo, perfilar algumas definições elaboradas pelos doutrinadores pátrios a fim de extrair seus elementos mais significativos.

AGUIAR DIAS, apontado por muitos como o mais eminente estudioso do tema no Brasil, em obra fundamental, afirmava que é *"responsável aquele que em definitivo suporta um dano"*. Assim, reportando-se a JOSSERAND, salientava que deve-se tomar *"a responsabilidade civil no seu sentido mais amplo"*¹⁵

Atacando duramente os partidários das concepções subjetivistas, analisa as transformações da responsabilidade dentro de um contexto mais amplo – o da mudança do próprio direito civil.

"Não vemos utilidade em continuar a dissimular esse desencontro entre a denominação e o conteúdo da responsabilidade civil. Já não é só o leigo que amplia a significação do instituto a plano muito mais vasto do que o que estava contido na idéia primitiva. São os próprios juristas, e dos mais insignes, que prestigiam essa noção, reconhecendo que a idéia do ressarcimento prima sobre a da responsabilidade. Aliás, o fenômeno não é isolado, mas comum às transformações do direito civil. O verdadeiro sentido dessa evolução é a preocupação de assegurar melhor justiça distributiva, com a adaptação das instituições antigas às exigências da vida moderna. Enquanto a evolução atende às exigências permanentes da justiça, forçosamente determinará alterações periódicas no elemento de segurança das normas, a fim de acomodá-las à sociedade que se transforma. As alterações, por vezes surpreendentes, das condições da vida material, tornam indispensável a criação, diríamos melhor, a retificação das normas jurídicas. Mas há princípios que permanecem imutáveis: os que ordenam a boa-fé, a fidelidade e a lealdade dos negócios jurídicos; os que proibem o dolo, a fraude e a torpeza. A idéia de responsabilidade não podia fugir a essa contingência. Sua transformação é resultado das mudanças sociais, notadamente do grande desenvolvimento da indústria. Da responsabilidade assente na culpa se passa rapidamente

¹⁴ Apud FARIA, José Eduardo. "O Direito da Economia Globalizada". Malheiros, São Paulo, 1999.

às presunções *juris tantum*, e daí à responsabilidade legal.”¹⁶

ALVINO LIMA, da mesma forma, apontou a transformação do instituto rumo à priorização do ressarcimento.

*“Vimos que o conceito clássico da culpa, sob fundamento psicológico, exigindo do agente a imputabilidade moral, cedeu terreno às várias noções e aplicações da culpa objetiva, no sentido de eliminar da responsabilidade extracontratual o elemento subjetivo. O entrechoque, entretanto, cada vez mais crescente de interesses, aumentando as lesões de direitos em virtude da densidade progressiva das populações e da diversidade múltipla das atividades na exploração do solo e das riquezas; a multiplicação indefinida das causas produtoras do dano, advindas das invenções criadoras de perigos que se avolumam, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós; a necessidade imperiosa de se proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da luta dispar entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades, dia a dia maiores, de se provar a causa dos acidentes produtores de danos e dela se deduzir a culpa, à vista dos fenômenos ainda não bem conhecidos na sua essência, como a eletricidade, a radioatividade e outros, não podiam deixar de influenciar no espírito e na consciência do jurista. Era imprescindível, pois, rebuscar um novo fundamento à responsabilidade extracontratual, que melhor resolvesse o grave problema da reparação de danos, de molde a se evitarem injustiças que a consciência jurídica e humana repudiavam.”*¹⁷

Adiante, acentuando a preocupação com a vítima, afirma:

*“a responsabilidade deve surgir exclusivamente do fato, considerando-se a culpa um resquício da confusão primitiva entre a responsabilidade civil e a penal. O que se deve ter em vista é a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano e não a idéia de infligir uma pena ao autor do prejuízo causado. Os dados econômicos modernos determinam a responsabilidade fundada sobre a lei econômica da ‘causalidade entre o proveito e o risco.’”*¹⁸

COUTO DE CASTRO auxilia-nos também nos contornos que vem ganhando o problema:

¹⁵ *Op. cit.*, p. p. 13-4.

¹⁶ *Idem*, p. 15.

¹⁷ LIMA, Alvino. “Culpa e risco”, 2ª ed., atualizada por Ovídio Sandoval, p. 113-4. São Paulo: RT, 1998.

“O assentamento da falta de diligência como pressuposto da reparação se expandiu do Código Napoleônico para as demais codificações da Europa e América Latina, mas, a esse tempo, a todo cabo já andava a revolução industrial, trazendo consigo novas concepções. É certo que, à primeira vista, poderia e pode parecer justo que uma pessoa só responda por prejuízos decorrentes de ação culposa; mas com o avanço da revolução industrial, multiplicavam os casos nos quais era difícil demonstrar o contrário.

Basta apresentar a equação nos seguintes termos: de um lado, o responsável pela conduta falha, mas que provocou o dano; de outro lado, o lesado, a vítima que, normalmente, também não terá agido com culpa. Se nenhum dos dois é culpado, é socialmente mais justo atribuir o ônus indenizatório àquele que cria o risco (teoria do risco criado) e, outras vezes mais ainda, provoca o risco e daí obtém um proveito (teoria do risco proveito). A teoria do risco já tinha certo impulso no final do século passado, na Europa, em especial na França, e foi na legislação de acidente de trabalho que primeiro se cristalizou, em texto escrito, de acordo com a visão correntia. Quando da elaboração do anteprojeto do Código Civil, a então moderna crítica não era estranha a Beviláqua, mas, tal como aprovado, em 1916, o Código trazia raras concessões à responsabilidade sem falta. É claro que, com o correr dos anos e o advento de leis esparsas, a leitura do Código acabou por mudar.”¹⁹

Não podemos descurar, no entanto, do contexto sócio-econômico e histórico em que se dá a objetivação da responsabilidade civil, pois a efetiva *evolução*²⁰ no pensamento jurídico foi a mudança do *enfoque punitivo* para a concentração na figura da vítima e na sua *reparação* diante da *massificação* e conseqüente *despersonalização* das relações humanas, principalmente as econômicas, tornando-se praticamente impossível, em alguns casos, a identificação do causador do dano.

Essa ressalva faz-se necessária porque há relações em que não é possível aplicação dogmática e automática das teorias que fundamentam a responsabilidade civil. Há danos que não são gerados pela evolução tecnológica da sociedade de massa, nem se

¹⁸ Idem, p. 116.

¹⁹ CASTRO, Guilherme Couto de. “A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro”, 2 ed., p. 30-1. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

²⁰ Com o termo “evolução” não consideramos um processo de modificações que excluem as etapas anteriores da teoria da responsabilidade civil, mas o surgimento de novas teorias a atender as demandas emergentes da sociedade, em coexistência com as teorias anteriores, que continuam sendo aplicadas no quanto forem adequadas e satisfizerem o escopo social.

enquadram no que se havia convencionado denominar *Act of God*, ao contrário, é identificável o seu causador e as causas do seu ato.

Contextos diversos exigem soluções diversas, sendo necessário levar-se em conta fatores como: a igualdade ou não das partes contratantes, a possibilidade de se individualizar os pólos da relação jurídica e, como no caso do presente estudo, *limites técnicos e científicos* porventura existentes na atuação daquele a quem se poderia imputar a causalidade do dano, papéis diversificados exercidos pelo mesmo agente em momentos distintos etc.

Esta proposição é colocada sem o temor de parecer contrariar o que até então foi dito, a teoria clássica da culpa é, de fato, insuficiente para a resolução dos conflitos apresentados na sociedade moderna, todavia, há de se reconhecer que existem situações em que é necessária a avaliação dos fatores subjetivos, sem a qual, a aplicação da norma resultaria em simples *punição* do agente causador do dano, o que, como se viu, colidiria frontalmente com as razões propulsoras da evolução do conceito de responsabilidade civil.

Como diz ALVINO LIMA em relação a estas correntes doutrinárias e a evolução do pensamento jurídico neste tema:

“[A]mbas, porém, continuarão a subsistir, como forças paralelas, convergindo para um mesmo fim, sem que jamais, talvez, se possam exterminar ou se confundir, fundamentando, neste ou naquele caso, a imperiosa necessidade de ressarcir o dano, na proteção dos direitos lesados”²¹

Em nosso ordenamento jurídico coexistem os diversos estágios da responsabilidade civil existentes na evolução que em breves linhas declinamos, da culpa a teoria do risco, devendo ser analisado a cada caso, a luz das leis e do desenvolvimento da sociedade, como deverá ser caracterizada a responsabilidade do causador do dano.

Cuidando-se dos danos decorrentes de erro profissional, outra questão preliminar a ser equacionada diz com a definição da espécie da obrigação prestada pelo causador do dano, se de meios ou de resultado.

²¹ Ob. cit., p. 41.

III. NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DOS DENTISTAS

As obrigações consistem em comportamentos comissivos ou omissivos que podem ser exigidos de alguém, tratam-se, assim, de condutas que se materializam em um dar, um fazer ou um não fazer.

A relação obrigacional que se estabelece entre o odontólogo e o seu paciente não refoge a esta classificação. É uma obrigação em que o profissional atua positivamente, interferindo no quadro de saúde que o paciente apresenta, para empregar, com sua atividade pessoal, o conhecimento científico que ele agrega²².

Trata-se portanto de uma obrigação de fazer que, se descumprida, faz surgir a responsabilidade do profissional, observados, contudo, os limites da técnica e da ciência.

Aqui apresenta-se questão que merece enfrentamento antes que se dê continuidade ao presente estudo: qual a fonte a natureza da responsabilidade do cirurgião-dentista, contratual ou extracontratual?

Discute-se quanto a este ponto como nasceria a obrigação do odontólogo junto ao seu paciente, se com um contrato ou se resultante de obrigações que lhe são impostas pelo nosso ordenamento jurídico, que lhe comina sanções para efetivar o seu cumprimento.

Não obstante reconhecermos que a obrigação do dentista decorre, no mais das vezes, de um contrato formal ou tácito realizado entre o mesmo e o seu paciente, temos que a responsabilização do dentista poderá exsurgir independentemente da sua existência, pois, ainda que inexistente o contrato, subsiste o dever do profissional, em virtude, até mesmo, em última análise, do disposto no art. 159 do Código Civil Brasileiro²³.

²² Não podemos olvidar, além disso, junto com CARLOS ALBERTO GHERSI, que *“toda relación profesional-cliente significa una relación jurídica científica de confianza e personalizada.”* (GHERSI, Carlos Alberto *et alli*. "Responsabilidad Profesional", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 108)

²³ Nesse sentido, vide THEODORO JÚNIOR, Humberto. ("Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico", *in Revista de Direito Processual Civil*, Genesis, nº 11, www.genedit.com.br/3rdpc/atual/doutnac5.htm) tratando da responsabilidade civil médica, que, nesse tocante, se iguala a responsabilidade civil do dentista: *“Hoje, pode-se afirmar, sem medo de erro, que a responsabilidade civil do médico, sem embargo de ter sido tratada pelo legislador entre os casos de atos ilícitos, é vista unanimemente como responsabilidade contratual* (AGUIAR DIAS. *Da Responsabilidade Civil*. 9ª ed., Rio, Forense, 1994, v. I, nº

Ademais, são variadas as hipóteses em que se pode vislumbrar a existência do vínculo obrigacional, sem que exista qualquer manifestação de vontade das partes.

De outra parte, como noticia FÁBIO KONDER COMPARATO²⁴, esta dicotomia vem sendo superada no direito comparado, exatamente pela dificuldade em distinguir qual seria a fonte da responsabilidade em alguns casos, como aqueles relacionados com a atividade profissional liberal.

Alerta ainda o autor, com fundamento em JEAN CUENDET, que existe uma identidade de princípios fundamentais entre as duas responsabilidades, sendo que “[A]o contrário do que se sustenta, a responsabilidade contratual não é mais rigorosa que a delitual”²⁵

Continuando em sua explanação o referido autor, agora com apoio em ANDRÉ TUNC, traz as seguintes críticas pertinentes à rígida dicotomia entre os regimes jurídicos de cada modalidade de responsabilização²⁶:

“a) a dificuldade prática de se determinar se certos danos sobrevieram no campo contratual ou extracontratual;

b) a ausência de justificação racional para a maior parte das diferenças apontadas entre os dois regimes de responsabilidade;

c) a inexatidão de se dizer que certas responsabilidades são criadas unicamente pela lei e outras tão-só pela estipulação contratual;

d) em certas situações, uma pessoa tem deveres jurídicos que decorrem da natureza de sua atividade profissional, haja ou não relação contratual envolvida no caso;

e) as diferenças de fundamento e de regime dos dois tipos de responsabilidade tornam-se mais ou menos absurdas, quando a mesma atividade pode criar uma responsabilidade que seria contratual em relação a uma parte e delitual em relação a terceiros.”

114, pp. 252-253; MIGUEL KFOURI NETO. **Responsabilidade Civil do Médico**. 2ª ed., São Paulo, RT, 1996, nº 44, p. 54; SILVIO RODRIGUES. **Responsabilidade Civil**. 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, nº 83, p. 248).

É possível que o médico venha a incorrer em responsabilidade extracontratual, pois pode acontecer que a prestação profissional ocorra em situação de emergência, sem que antes tenha havido qualquer acordo de vontades entre o paciente e o facultativo”.

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. “A mora no cumprimento de obrigações contratuais pecuniárias e suas conseqüências” in *Direito Empresarial*. Saraiva, São Paulo, 1995, p. 369.

²⁵ Idem, ibidem.

Basta para verificarmos a pertinência de tais críticas a exposição de singelo exemplo.

Imaginemos a situação de alguém que tenha sofrido um acidente de automóvel e que seja hospitalizado inconsciente, levado por terceiros que não tenham qualquer relação consigo, vindo a sofrer intervenções cirúrgicas médicas e odontológicas.

Por certo, não é possível se afirmar que houve qualquer contratação com esta pessoa, ainda que tácita, pois nenhuma manifestação de vontade houve. O atendimento deu-se por dever de ofício dos médicos e dentistas ali envolvidos, um dever jurídico decorrente da sua atividade profissional, como diz COMPARATO.

Se neste caso, porventura verificar-se a responsabilidade de algum dos profissionais que o atenderam, por algum dano que lhe for causado, a solução jurídica será idêntica a que seria observada se tivesse ocorrido a contratação.²⁷

Deve-se considerar, portanto, não a fonte da responsabilidade, mas sim a natureza da obrigação: se de meios ou de resultado.²⁸

As obrigações podem ser classificadas em próprias, de meios ou de resultado²⁹.

As obrigações de meios são aquelas em que a prestação efetuada é apenas do emprego, pelo profissional de seu saber, diligência e aptidão, para cumprir as medidas que normalmente conduzirão ao resultado esperado. O credor dessa prestação poderá esperar o resultado e potencialmente alcançá-lo, mas não poderá exigí-lo.³⁰

²⁶ Idem, p. 370.

²⁷ Nesse sentido, THEODOR JÚNIOR, Humberto (Ob. cit.), tratando da responsabilidade civil médica: "A responsabilidade indenizatória pela falha da assistência médica ocorrerá tanto naquela convenionada entre as partes como na que se deu independentemente de contrato. E as diferenças, em termos de processo, praticamente não existirão, tendo em vista a natureza muito especial do contrato de assistência médica, de sorte a exigir prova da culpa pelo evento danoso, tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual, e uno é o conceito de culpa para ambas as hipóteses (TERESA ANCONA LOPES DE MAGALHÃES, "Responsabilidade Civil dos Médicos", in **Responsabilidade Civil**, diversos autores, coordenação de YUSSEF SAID CAHALI, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 311)".

²⁸ Ver COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 369.

²⁹ Ver DEMOGUE, René. "Traité des obligations en général". Paris, França, 1923-1933, t. X, parágrafo 2237 e t. VI, parágrafo 599.

³⁰ Nesse sentido, ZUCCHERINO, Ricardo Miguel. "La praxis médica en la actualidad". Depalma, Buenos Aires, 1994, 13-14.

As obrigações de resultado, ao contrário, tem como objeto o fim mediato pretendido, não satisfazendo a pretensão do credor apenas a tentativa em alcançá-lo.

Nesse ponto encontra-se uma das questões que mereceram maior atenção por parte dos juristas: os serviços odontológicos podem ser classificados como obrigações de meio ou de resultado?

Embora verdadeiro truísmo, necessário ressaltar que a precisão da classificação da natureza da obrigação é de extremada relevância para a caracterização da responsabilidade do dentista.

Se considerada a obrigação como de meio, o que é exigido do profissional é que aplique as regras técnicas, utilizando-se dos procedimentos desenvolvidos e aceitos no seio da comunidade científica a qual pertence, isto é, exige-se a utilização de todos os meios adequados ao alcance do profissional.

Não se cogitará, por conseguinte, que um dentista, em caso de emergência ou de enfermidade ainda não alcançada pelas técnicas até então desenvolvidas, seja responsabilizado por não ter atingido o resultado almejado (excetuadas, por óbvio, as hipóteses em que incorrer nas condutas descritas no art. 1.545 do Código Civil Brasileiro).

A premissa lógica desta regra aceita que, em casos como esse, a ciência ou as técnicas da saúde, por mais evoluídas que sejam, não são capazes de reter e controlar as miríades de variáveis insertas no fluxo da vida.

Paira, afora o supra citado artigo do Código Civil, na realidade, o reconhecimento da falibilidade humana refletida na ciência, admitindo-se que o odontólogo não pode ser responsabilizado de forma objetiva diante de um fato que a própria ciência humana não entende ou não obteve controle.

Entretanto, como se sabe, a grande maioria das situações enfrentadas na vida profissional do dentista não são desenhadas em tal limite de intangibilidade.

Pelo contrário, tratando-se de restaurações e aperfeiçoamentos estéticos, onde o cirurgião dentista tem controle das técnicas utilizadas e - e isso é o mais importante -

interfere em um paciente que apresenta um quadro de saúde equilibrado e estável, sua intervenção não pode conduzir a uma enfermidade ou a uma deficiência.

A doutrina pátria vem entendendo que, ao contrário do que ocorre em relação aos médicos, a obrigação do odontólogo seria, em regra, de resultado, pois a intervenção do cirurgião dentista envolveria, segundo expressão de MENEGALE, procedimentos mais "regulares e restritos", sendo igualmente mais facilmente identificável a origem ou causa (etiologia) de tais doenças ou distúrbios.

AGUIAR DIAS observa:

“Se, em princípio, a responsabilidade médica decorre de uma obrigação de meios, só excepcionalmente se manifestando por força de obrigação de resultado, não é possível dizer o mesmo da responsabilidade do cirurgião-dentista. Mostra-o incisivamente Guimarães Menegale, observando, com inteira propriedade, que o compromisso do cirurgião-dentista envolve mais acentuadamente uma obrigação de resultados, porque ‘... a patologia das infecções dentárias corresponde etiologia específica e seus processos são mais regulares e restritos, sem embargo das relações que podem determinar com desordens patológicas gerais; conseqüentemente, a sintomatologia, a diagnose e a terapêutica são muito mais definidas e é mais fácil para o profissional comprometer-se a curar.’”^{31 32}

Igualmente observa STOCCO, após considerar que *“em alguns casos se possa dizer que a sua obrigação é de meio, na maioria das vezes, apresenta -se como obrigação de resultado”*, que:

“Aliás, essa obrigação de resultado mais se evidencia quando se cuide de tratamento dentário que envolva a colocação de prótese, restauração, limpeza etc., voltadas para o

³¹ *Op. cit.*, p. 319-20.

³² A observância do texto integral de MENEGALE, entretanto, pode levar a conclusão diversa do que entendeu o insigne AGUIAR DIAS, podendo interpretar-se que a intenção do autor foi a de tão-somente relevar que na prática odontológica identifica-se um maior número de procedimentos que são caracterizados como obrigações de resultado. Veja-se: *“Releva, porém, caracterizar a rigor o objeto do contrato assim estabelecido. Nas profissões sanitárias, como a medicina e a odontologia, é evidente que o compromisso contratual do profissional não pode consistir em restaurar a saúde agravada, mas em empregar todos os recursos disponíveis com esse fim. Por isso, diz-se que é uma obrigação de meio e não de resultado, ou — para adotarmos a definição da jurisprudência francesa — consiste em prodigalizar ao cliente ‘cuidados conscienciosos, atenciosos, e, salvo circunstâncias excepcionais, conforme aos dados adquiridos pela ciência’. (...) No concernente à profissão cirúrgico-dentária, acreditamos que o compromisso profissional é menos de meios que de resultado. Efetivamente, à patologia das infecções dentárias corresponde etiologia específica e seus processos são mais regulares e restritos, sem embargo das relações que podem determinar com desordens patológicas gerais; conseqüentemente, a sintomatologia, a diagnose e a terapêutica são muito mais definidas, — e é mais fácil para o profissional comprometer-se a curar”* (Revista Forense, outubro de 1939, vol. LXXX, Fascículo 436, pág. 53).

aspecto estético."³³

Acreditamos, no entanto, que a obrigação do odontólogo será de resultado ou de meio conforme a natureza de sua intervenção.

Para melhor esclarecer este ponto, podemos utilizar dois "tipos ideais"³⁴: a intervenção meramente estética e a intervenção de urgência.

Na primeira hipótese, conforme já se observou, a obrigação será de resultado porque, além do tempo de exame e preparo do odontólogo para a intervenção, tem ele a obrigação implícita de não lesionar (não-fazer) o paciente saudável.

Na segunda hipótese, o profissional tem que trabalhar em condições de extremada pressão, sem o tempo necessário para um diagnóstico seguro, e, muitas vezes, sem o material e equipamento necessários para realizar a intervenção com a segurança que lhe seria exigível em circunstâncias diversas.

A responsabilidade civil do dentista deverá ser analisada, no caso concreto, conforme se aproximar de um desses "tipos ideais", extremos da sua conduta, e se afastar do outro, não sendo possível, contudo, o enquadramento de suas condutas em modelos estanques, classificando-as, *a priori*, como obrigações de meios ou de resultado.

Nesse sentir, bem esclarece PEDROTTI:

³³ STOCCO, Rui. "Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial", 3 ed., p. 172. São Paulo: RT, 1997.

³⁴ Nas palavras de um estudioso da sociologia do direito através de premissas weberianas, "O 'tipo ideal' corresponde a um processo de construção conceitual que abstrai de fenômenos concretos o que existe, tornando possível verificar como surgem, como se expandem e como mudam as formas específicas de ação social. Não pretendendo adequar-se a nenhuma realidade empírica particular. O 'tipo ideal' é um vazio de conteúdo real, consistindo em pautas de constatação que permitem avaliar os fenômenos sociais em sua relatividade. Enquanto a construção lógico-analítica forjada com base em elementos teóricos e hipotéticos, o 'tipo ideal' não é uma proposição que pode ser classificada como verdadeira ou falsa, porém apenas como válida ou inválida conforme sua utilidade para uma compreensão significativa de acontecimentos. Nas palavras de Weber, 'o conceito de tipo ideal propõe-se a formar o juízo de atribuição. Embora não seja uma hipótese, pretende apontar o caminho para a formação de hipóteses. Embora não seja um enunciado do real, pretende conferir a esse enunciado meios expressivos unívocos (...) Obtém-se um tipo ideal mediante a acentuação unilateral de um ou vários pontos de vista, e mediante o encadeamento de grande quantidade de fenômenos isoladamente dados, (...) que se podem dar em maior ou menor número ou mesmo faltar por completo, e que se ordenam segundo os pontos de vista unilateralmente acentuados, a fim de se formar um quadro homogêneo do pensamento. Torna-se impossível encontrar-se empiricamente na realidade esse quadro, na sua pureza conceitual, pois trata-se de uma utopia (...). Desde que cuidadosamente aplicado, esse conceito cumpre as funções específicas que dele se espera, em benefício da investigação e da compreensão" (FARIA, José Eduardo. *Op. cit.*, pp. 200-1).

“A responsabilidade do cirurgião-dentista está ligada ao trabalho por ele realizado que, sem dúvida, pode ser considerado científico e artístico, de sorte que a própria prótese é tarefa assaz distinta do tratamento medicinal das doenças dos dentes e da boca, designadas por estomatologia e, embora preparadas por protético (que também é artista e responsável), é ele quem prepara a boca e faz a moldagem.

Assim, mesmo tendo como auxiliares a prótese e seu confeccionador, será o responsável pelas imperfeições dos artefatos. O dentista será responsável por erros de diagnóstico e por erros de tratamento, por exemplo, se arrancar um dente sã em vez do cariado ou doente, fizer a extração em vez da possível desinfecção e obturação, provocar infecções causadas pela má desinfecção dos seus aparelhos.

*A responsabilidade médica, em princípio, decorre de uma obrigação de meio, não se podendo afastar a possibilidade da obrigação de resultado. **Nesse mesmo diapasão a responsabilidade do cirurgião-dentista.***

As expressões obrigação de meio e obrigação de resultado, levando-se em conta o tratamento como meio, e a estética como fim, configuram responsabilidade profissional com melhor técnica e maior amplitude jurídica.

A obrigação de meio corresponde à responsabilidade pelo uso da técnica e da diligência eficientes para o resultado pretendido, e não a promessa desse resultado. Implica em dever atenção, diligência e cautelas para o fim programado que, em alguns casos excepcionais pode não se verificar, embora satisfatórios os meios utilizados. Na obrigação de resultado o fato principal é a finalidade.”³⁵(os grifos não são do original).

MARIA HELENA DINIZ coaduna da mesma posição, observando que a responsabilidade do odontólogo deve ser analisada a cada caso, conforme se verifique a aproximação do tratamento ou da intervenção da cura ou da estética:

“O dentista assume, em regra, uma obrigação de resultado, no que diz respeito aos problemas de ordem estética, principalmente em matéria de prótese, p. ex., na colocação de um pivô, na feitura de uma jaqueta. Todavia, o dentista, na cirurgia da gengiva, no tratamento de um canal, na obturação de uma cárie, situada atrás do dente, terá uma

³⁵ PEDROTTI, Irineu Antonio. “Compêndio de Responsabilidade Civil”, São Paulo: LEUD, 1992, pp. 395-6.

obrigação de meio, a de aplicar toda sua perícia, todo seu zelo, no tratamento do cliente. Há hipóteses em que se aliam a questão da cura e da estética, devendo-se, então, apreciar cada caso concreto para verificar se agiu adequadamente”³⁶

Concluindo, a obrigação do dentista seria, nesta linha, de meios ou de resultados, dependendo das circunstâncias.

Sempre será responsabilizado pelos danos que causar, o dentista que agir com imprudência, negligência ou imperícia, utilizando-se de meios não adequados para o fim desejado.

Por exemplo, em condições normais de contratação do serviço, o dentista que se utilizar, por qualquer razão, de instrumento inadequado, será responsabilizado pelos danos que daí advierem.

Entretanto, não cessam aí as possibilidades de sua responsabilização. Existem situações nas quais o objetivo pode ser planejado previamente, afastando-se, portanto da hipótese da situação de emergência e aproximando-se da hipótese da intervenção estética como “tipo ideal”, ainda que a finalidade da intervenção não seja esta.

Define-se, deste modo, a incidência da obrigação de resultados, sofrendo pena de responsabilização o dentista que não alcançar o resultado adequado.³⁷

Considerando que a responsabilidade civil do odontólogo deriva de uma obrigação de meio, deve-se atentar ainda que os limites técnico-científicos dentro dos quais a

³⁶ DINIZ, Maria Helena. "Curso de Direito Civil Brasileiro". Saraiva, São Paulo, 1992, 6ª ed., 7º vol., pág. 210.

³⁷ É claro que o termo "adequado" é equívoco e dúbio, abrindo margem para contestações. Entretanto, estipulamos que "adequado" deve ser aquilo que a comunidade científica considera "adequado", segundo as mais avançadas tecnologias e concepções aceitas. Tal definição se aproxima da concepção do teórico da estrutura das revoluções científicas, Thomas Kuhn. "Uma ciência 'madura' é assim fruto de uma sucessão de tradições, cada qual com sua própria teoria e seus próprios métodos de pesquisa, cada qual guiando uma comunidade de cientistas durante um certo período de tempo. As teorias científicas apresentam-se, deste modo, como um conjunto estratificado, cujos elementos vão sendo incorporados ao todo em momentos diversos. Isso é possível na medida em que existe um compromisso dos pesquisadores e cientistas com a comunidade científica a que pertencem e com os moldes aceitos de sua disciplina. Nesse sentido, da mesma maneira como um paradigma é uma crença partilhada pelos membros de uma comunidade científica, uma comunidade científica é um conjunto de cientistas reunidos em torno de um paradigma. Conseqüentemente, a autoridade de uma proposição científica passa a se fundamentar em sua capacidade de gerar consenso no âmbito de uma dada comunidade." (FARIA, José Eduardo, *op. cit.*, p. 49).

atuação humana é possível advém do conhecimento produzido no meio científico, cujo acesso não é livre e aberto a todos, de maneira uniforme.

Assim, ao analisar-se a responsabilidade do profissional, necessário que seja levado em conta não só a evolução do conhecimento humano, mas qual o acesso que o profissional teve a esse conhecimento e quanto dele lhe era exigível³⁸.

MENEGALE há muito já ressaltava que *"o erro profissional, na medicina, na cirurgia, na odontologia, é, iniludivelmente, um erro científico. Por certo, o estado imperfeito da ciência pode tornar-se a causa de um erro profissional, ordinariamente no diagnóstico"*.³⁹

O mesmo entendimento era defendido por CARVALHO SANTOS, quando afirmava que *"não se deve considerar como culpa o erro profissional, isto é, o que resulta da incerteza ou da imperfeição da arte e não da negligência ou incapacidade de quem a exercita"*.⁴⁰

É claro, no entanto, como salientou MENEGALE, que não é escusável *"a falta de conhecimentos elementares da ciência e arte que, constituem o objeto da profissão"*.⁴¹

A imputação da responsabilidade do odontólogo deve considerar, portanto, a especialidade técnica do odontólogo, sendo exigível do especialista uma profundidade de conhecimento na especialidade por ele escolhida que o cirurgião dentista não obteve com a formação regular.

Além disso, outro elemento que deve ser avaliado é o da notoriedade e idoneidade alcançado pelo profissional em sua especialidade, o que faz que a prestação seja efetuada *intuitu personae*.

CARLOS A. GHERSI aborda com propriedade a questão, estabelecendo que a diferenciação necessária ao estabelecer-se a responsabilidade do profissional deve passar por critérios objetivos (especialidade) e subjetivos (notoriedade e idoneidade):

³⁸ Valiosa, nesse tocante, a lição de J. Guimarães Menegale: *"...resta salientar que não se deve condenar o profissional por ignorar ponto que a ciência não elucidou ou que a ciência controverte, nem por empregar um método que, mais tarde reputado errôneo, está, no momento, em uso."* (op. cit., p. 57).

³⁹ Op. cit. p. 57

⁴⁰ SANTOS, J. M. de Carvalho. "Código Civil Brasileiro Interpretado". Freitas Bastos, Rio de Janeiro: 1982, vol. XXI, p. 249.

⁴¹ Op. cit. p. 57.

*"En el campo profesional (ingeniería, abogacía, medicina) sostenemos que la diferenciación pasará por las especialidades y los especialistas, ambas circunstancias sumadas (p. ej., el art. 21 de la ley 17.132 establece los distintos caminos para acceder a la categoría jurídica-medica de especialista; esto constituye el primer requisito). Ahora bien, consideramos que aun dentro de esta situación objetiva, debe hacerse una segunda valoración, pero de carácter subjetivo, es decir, la notoriedad e idoneidad que haya adquirido el profesional como especialista por su particular dedicación a una temática puntual (desde esta óptica, existen muchos médicos dedicados a la especialidad cardiovascular, pero el doctor René Favoloro tiene una reconocida notoriedad) que hace que la prestación devenga en intuito personae."*⁴²

A relevância da especialidade odontológica (que nada mais significa que um maior conhecimento do dentista de um ramo da ciência a que se dedica) é facilmente entendida quando nos confrontamos com fatos concretos, porquanto apresentamos o seguinte precedente jurisprudencial:

"Ação de indenização. Cirurgia ortodôntica corretiva realizada por médico especialista em cirurgia plástica. Sequelas pós-operatórias com necessidade de novas intervenções. Falta de conhecimentos do facultativo na referida área (cirurgia buco-maxilo-facial). Imprudência, negligência e imperícia. Aplicação do art. 159 do Código Civil.

*'Não sendo o profissional especialista em Ortodontia, defeso lhe era levar a efeito um diagnóstico comprovado, impedido estava de realizar intervenção típica dessa especialidade sem, ao menos, encaminhar posteriormente o paciente a uma especialista, assumindo, assim, inteira responsabilidade pela operação praticada' (RT 585/93)"*⁴³

A responsabilidade do médico cirurgião plástico, neste caso, adveio da falta de domínio da técnica necessária para a intervenção operatória que enfermidade da paciente exigia. Era necessário que o tratamento fosse efetuado por um odontólogo especialista em cirurgia buco-maxilo-facial. Vê-se que houve nítido descumprimento da obrigação de não-fazer do profissional, que nunca poderia ter assumido o encargo do tratamento odontológico sem que detivesse o conhecimento e a técnica necessários para tanto.

⁴² *Op. cit.*, p. 108.

⁴³ TJSC, Terceira Câmara Civil, Apelação cível n° 96.002599-5, de Lages, relator Des. Paulo Gallotti, julgada em 05 de novembro de 1996.

O conceito da prestação de serviços do dentista como uma obrigação de meio abrange, nesse sentir, também um caráter cogente negativo, isto é, o dentista obriga-se a empenhar os meios que razoavelmente o conduzirão ao resultado almejado, mas as *regras da arte* que limitam a responsabilização do dentista também lhe impõem que se atenha estritamente a elas no tratamento ou na cura de seu paciente⁴⁴. Aqui denota-se, novamente, o inafastável caráter extracontratual que possui a responsabilidade do odontólogo.

Por fim, dentre os deveres do dentista insere-se ainda o da informação. Deve restar claro ao paciente as causas de sua doença, as prescrições que deve seguir, o tratamento ou procedimentos a que será submetido e os riscos que envolvem a adoção ou não de tais medidas.

Tais esclarecimentos se fazem ainda mais necessários quando o procedimento é adotado com fim estético, pois então, como já foi dito, o profissional estará interferindo em um paciente saudável e a intervenção médica ou odontológica sempre trará consigo um grau de álea que lhe é inafastável. A informação da forma mais clara e ampla possível, ainda que não escuse a responsabilidade do profissional, previne o paciente e permite-lhe que sopesse os riscos, evitando, muitas vezes, um procedimento que era motivado apenas por sua vaidade.

IV. A OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS DENTISTAS

Ao atuar de forma a desprezitar o conhecimento produzido e divulgado em seu meio, o profissional estará incorrendo em uma das modalidades de culpa previstas em nosso Código Civil, seja a imprudência, a negligência ou a imperícia.

O art. 1.545 do Código Civil Brasileiro prevê que a responsabilidade do cirurgião-dentista se dará por sua responsabilidade subjetiva:

⁴⁴ Nesse sentido: "*O direito exige que esses profissionaes exerçam a sua arte, segundo os preceitos que ella estabelece, e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saude dos clientes e freguezes, bens inestimaveis, que se lhes confiam, no pressuposto de que os zelem. E esse dever de possuir a sua arte e applica-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso, que a lei repressiva lhe pune as infrações*" (BEVILÁQUA, Clóvis. "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil". Editora Rio, Rio de Janeiro, 1979, p. 697).

*“Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e **dentistas** são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da **imprudência, negligência** ou **imperícia**, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”*

Vêm-se claramente delineados aí os requisitos da culpa (imprudência, negligência ou imperícia) na caracterização da responsabilidade do dentista, albergando os termos legais a teoria subjetiva e não a responsabilidade objetiva calcada na aceitação do risco inerente à atividade.

Mas, como indicamos de início, a responsabilidade civil vêm sofrendo uma contínua objetivação, com o constante direcionamento do foco do instituto para a reparação da vítima, o que também é observável no estudo da responsabilidade civil por dano, seja ele resultante de procedimento médico ou odontológico.

Então, muito embora não se tenha abandonado a conceituação da atividade médica e odontológica como obrigação de meio, que, como se viu, determina a responsabilidade subjetiva, a objetivação da responsabilidade nesse campo tem ocorrido principalmente com o surgimento de presunções de culpa, invertendo-se nesses casos o ônus de provar o acerto do procedimento ou tratamento escolhido⁴⁵.

YVONNE LAMBERT-FAIVRE, ao analisar a responsabilidade do médico, bem equaciona a questão demonstrando que imposto à vítima o ônus da prova, este se revela um fardo deveras pesado, pois é o profissional quem detém o conhecimento específico, o que coloca a vítima em nítida desvantagem, além de que os demais profissionais do ramo apresentam, com razão ou não, uma certa "indulgência confraternal" na apreciação dos fatos que eles deveria analisar objetivamente.

Surgem, então, as chamadas presunções de culpa, imputando ao profissional o ônus de demonstrar que atuou corretamente, circunscrito aos meios admitidos na comunidade científica. Vale transcrever o que diz o autor:

⁴⁵ RUI STOCCO assim define a teoria da "culpa presumida": "Trata-se de uma espécie de solução transacional ou escala intermediária, em que se considera não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, embora aí já se deparem indícios de sua degradação como elemento etiológico fundamental da reparação e aflorem fatores de consideração da vítima como centro da estrutura ressarcitória, para atentar diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado" ("Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial", RT, São Paulo, 1997., p. 64).

"La charge de la preuve de la faute médicale pèse en principe sur la victime qui demande réparation de son dommage, conformément à l'art. 1315 a./ 1 c. civ. Or cette preuve est particulièrement difficile en matière médicale et chirurgicale, alors que le malade est endormi au moment des faits, que l'équipe médicale demeure solidaire et que les experts médicaux, eux-mêmes médecins, sont - à tort ou à raison - souvent soupçonnés d'une certaine indulgence confraternelle dans l'appréciation des faits qu'ils ont objectivement constatés. Il est certain que de très nombreuses victimes d'accidents thérapeutiques se heurtent à cette difficulté de la preuve.

Aussi les magistrats sont-ils tentés d'aider les victimes, en admettant une présomption de faute dès lors que le dommage ne semble s'expliquer que par la commission d'une faute; c'est la 'res ipsa loquitur' des Anglo-saxons, ou 'faute incluse' dans le dommage, ou encore 'faute virtuelle'."⁴⁶

Tal circunstância está refletida em nosso ordenamento, pois muito embora o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, tenha instituído a responsabilidade objetiva do prestador de serviços (art. 14), há determinação expressa no mesmo diploma ressaltando o regime da responsabilidade subjetiva aos profissionais liberais (art. 14, § 4º), mantendo-se, assim, a regra do já mencionado art. 1.545 do Código Civil.

Os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, em comentário ao supra citado parágrafo 4º do art. 14, esclarecem:

"Explica-se a diversidade de tratamento em razão da natureza intuitu personae dos serviços prestados por profissionais liberais. De fato, os médicos e advogados - para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais - são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes.

Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa subjetiva, em quaisquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia."⁴⁷

E, em seguida, fazem a seguinte ressalva:

⁴⁶ in "Le Droit du Dommage Corporel", Dalloz, Paris, 1990, pp. 430,431.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*, ob. cit., p. 160.

"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"⁴⁸

A responsabilidade civil do dentista situa-se nesse contexto: de um lado a objetivação da responsabilidade civil, visando o ressarcimento do dano injustamente sofrido pela vítima (e não o injustamente causado) e de outro lado a constatação de que a sua obrigação é limitada pela técnica e até mesmo pelo estágio de desenvolvimento da ciência.

Destarte, excetuados as hipóteses em que está configurada a obrigação de resultado do dentista, a presunção de culpa, com a inversão do ônus de provar, apresenta-se como uma solução satisfatória, sendo certo, contudo, que com o avanço progressivo da tecnologia e da técnica instrumental, possibilitando diagnósticos mais precisos e tratamentos mais eficientes, tornar-se-ão cada vez mais restritos os procedimentos onde o odontólogo poderá comprovar sua irresponsabilidade.

⁴⁸ idem.

BIBLIOGRAFIA

- BEVILÁQUA, Clóvis. "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil". Editora Rio, Rio de Janeiro, 1979, p. 697;
- BITTAR, Carlos Alberto. "Responsabilidade civil nas atividades perigosas", *in Responsabilidade Civil – doutrina e jurisprudência*, p. 89, coordenado por YUSSEF CAHALI, São Paulo: Saraiva, 1994;
- CASTRO, Guilherme Couto de. "A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro", 2 ed., p. 30-1. Rio de Janeiro: Forense, 1987;
- COMPARATO, Fábio Konder. "A mora no cumprimento de obrigações contratuais pecuniárias e suas conseqüências" *in Direito Empresarial*. Saraiva, São Paulo, 1995, p. 369;
- DEMOGUE, René. "Traité des obligations en général". Paris, França, 1923-1933, t. X, parágrafo 2237 e t. VI, parágrafo 599;
- DIAS, José de Aguiar, "Da responsabilidade civil", vol. I, 10 ed., p. 13. Rio de Janeiro: Forense, 1998;
- DINIZ, Maria Helena. "Curso de Direito Civil Brasileiro". Saraiva, São Paulo, 1992, 6ª ed., 7º vol., pág. 210.
- FARIA, José Eduardo. "O Direito da Economia Globalizada". Malheiros, São Paulo, 1999;
- GHERSI, Carlos Alberto *et alli*. "Responsabilidad Profesional", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 108;
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto", 5 ed., p. 10. São Paulo: Forense, 1997;
- GUTIÉRREZ, Graciela Nora Messina de Estrella. "La responsabilidad civil en la era tecnológica – tendencias y prospectiva", p. 16. Buenos Aires: A.P., 1989;
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. "Le Droit du Dommage Corporel", Dalloz, Paris, 1990, pp. 430,431.
- LEITE DE CAMPOS, Diogo José Paredes. "Seguro da Responsabilidade civil fundada em acidentes de viação – da natureza jurídica", p. 16-9. Coimbra: Almedina, 1971.
- LIMA, Alvino. "Culpa e risco", 2ª ed., atualizada por Ovídio Sandoval, p. 113-4. São Paulo: RT, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. “Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor”, p. 9-10. São Paulo: RT, 1992;

MENEGALE, J. Guimarães. “Responsabilidade Profissional do Cirurgião Dentista” in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, , vol. LXXX, fascículo 436, p. 47-60, outubro de 1939;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Responsabilidade Civil”, 9ª ed., p. 24. Rio de Janeiro: Forense, 1998;

PEDROTTI, Irineu Antonio. “Compêndio de Responsabilidade Civil”, São Paulo: LEUD, 1992, pp. 395-6;

SANTOS, J. M. de Carvalho. "Código Civil Brasileiro Interpretado". Freitas Bastos, Rio de Janeiro: 1982, vol. XXI, p. 249;

STOCCO, Rui. “Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial”, 3 ed., p. 172. São Paulo: RT, 1997;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico”, in *Revista de Direito Processual Civil*, Genesis, nº 11, www.genedit.com.br/3rdpc/atual/doutnac5.htm;

ZUCCHERINO, Ricardo Miguel. "La praxis médica en la actualidad". Depalma, Buenos Aires, 1994, 13-14.