

APONTAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA

Márcio Schiefler Fontes*

SUMÁRIO

1 Considerações iniciais. 2 Panorama de alguns conceitos caros ao estudo da responsabilidade civil. 3 Dano moral e dano estético. 4 Relação de consumo na prática odontológica. 5 Considerações finais. 6 Referências.

RESUMO

Inúmeros casos que têm aportado nos tribunais conferem visibilidade à responsabilidade civil do cirurgião-dentista, que se manifesta a partir dos tradicionais postulados da responsabilidade civil, porém não se esgota neles. Com efeito, até as batidas balizas da responsabilidade subjetiva *versus* objetiva, ou das obrigações de meio *versus* obrigações de resultado, ganham novo colorido quando defrontadas com a peculiar relação de consumo que se estabelece entre o paciente e o profissional da Odontologia e, mais especialmente, com os danos potencialmente daí advindos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Cirurgião-dentista. Erro odontológico. Relação de consumo. Especialidades da Odontologia.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No âmbito cível¹, alguns dos temas mais instigantes a atualmente exigir atenção do Poder Judiciário são relacionados à responsabilidade civil.

* Juiz de Direito em Santa Catarina.

1 Ou seja, não criminal.

Entre eles destacam-se aqueles, cada vez mais recorrentes, que envolvem danos em procedimentos médicos. Abstraídos – mas não ignorados² – os casos de prestação pública de saúde, quando muito frequentemente a discussão tende a restringir-se à responsabilidade civil objetiva dos entes públicos, a relação de consumo entre paciente e médico ou entre paciente e dentista abre espaço.

Não é por acaso, portanto, que a jurisprudência ganha corpo nesse campo, como atestam decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais do País, notadamente os Tribunais de Justiça, órgãos superiores da Justiça Comum, não raro de razoável complexidade.

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina não é diferente. No julgamento – relativamente recente, de junho de 2009 – da Apelação Cível n. 2008.064735-2, a Terceira Câmara de Direito Civil, por meio de acórdão lavrado pelo relator, Desembargador Substituto Henry Petry Jr., proferiu decisão em cuja ementa se lê:

- Ante a inexistência de normas relativas ao exercício da Odontologia que exijam a realização de especialização para efetuar procedimentos específicos, não há vedação para o exercício da atividade por cirurgiões-dentistas (art. 5º, II, da CF). Assim, também não há se cogitar de nulidade da perícia judicial realizada por profissional a especialização.

- As atividades realizadas pelos cirurgiões-dentistas, diferentemente do que ocorre com os médicos, constituem, regra geral, obrigações de resultado, especialmente diante da menor complexidade dos procedimentos e seu cunho estético, como é o caso

2 Há diversificada gama de aspectos, de índole processual ou mesmo material, que podem ser trazidos às demandas neste tópico. A título meramente exemplificativo, veja-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “1. O Tribunal *a quo*, com base nos fatos e provas, apreciou e julgou improcedente a ação regressiva em relação ao agente público (cirurgião-dentista), por ausência de prova da culpa (imperícia). 2. Desse modo, não cabe discutir o cabimento ou não da denúncia à lide. 3. Por outro lado, o julgamento da pretensão regressiva – para fins de se reconhecer a responsabilidade civil do agente e, por conseguinte, reformar o acórdão regional –, exige, necessariamente, a reavaliação dos aspectos fáticos da lide, atividade cognitiva vedada nesta Corte Superior (Súmula 7/STJ). 4. Agravo regimental desprovido” (Primeira Turma, AgRg no REsp. n. 501.640-RS, rela. Mina. Denise Arruda, j. 14-2-2006, DJU 13-3-2003). Veja-se também: Kfourri Neto, (2007, p. 204-222).

da implantodontia. Dessa forma, não atingindo o tratamento seu fim específico, deve ser responsabilizado o profissional. A responsabilidade, nesse caso, considerando o art. 14, § 4º, do CDC, é subjetiva, sendo presumida a culpa.

- “A indenização por danos morais - que tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, ao elemento pedagógico, consistente na observação pelo ofensor de maior cuidado de forma a evitar a reiteração da ação ou omissão danosa - deve harmonizar-se com a intensidade da culpa do lesante, o grau de sofrimento do indenizado e a situação econômica de ambos, para não ensejar a ruína ou a impunidade daquele, bem como o enriquecimento sem causa ou a insatisfação deste” (TJSC, Apelação cível n. 2008.004222-2, de Balneário Camboriú, Terceira Câmara de Direito Civil. Rel. Des. MARCUS TULLIO SARTORATO, j. em 11.11.08).

- O ressarcimento a título de danos materiais deve se limitar à parte em que o tratamento foi malsucedido, sob pena de enriquecimento ilícito do apelante.

- Havendo condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados consoante o que determina o art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, sendo que, decaindo o autor em parte mínima do pedido, devem ser os ônus sucumbenciais integralmente invertidos.

Logo, os cirurgiões-dentistas, que podem também tornar-se alvo de outras modalidades de responsabilização, como a administrativa³ ou mesmo a criminal⁴, afiguram-se merecedores de viva atenção no tocante à responsabilidade civil.

3 Perante os Conselhos – Estaduais e Federal – de Odontologia, autarquias fiscalizadoras do exercício profissional. Conferir a esse respeito a Lei n. 4.324, de 14 de abril de 1964, alterada posteriormente pela Lei n. 5.965, de 10 de dezembro de 1973.

4 Hipoteticamente, nada impede que o dentista seja autor ou partícipe de crimes os mais diversos na prática regular de suas atividades. Os arts. 121 (homicídio), 129 (lesões corporais), 132 (perigo para a vida ou saúde de outrem), 135 (omissão de socorro), 154 (violação do segredo profissional) do Código Penal são bons exemplos. Aqui também cabe menção a outros dois artigos, o 268 (infração de medida sanitária preventiva) e o 282 (exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica), conforme seguem: “Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro”; “Art. 282 - Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização

2 PANORAMA DE ALGUNS CONCEITOS CAROS AO ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Apartadas reportagens de cunho histórico⁵, a responsabilidade civil no direito brasileiro é fortemente marcada por traçados impossíveis de desprezar. Stoco (2004, p. 118) reputa a responsabilização como “meio e modo de exteriorização da própria Justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar a outro, ou seja, o *neminem laedere*”. Invocando Marton, diz que é “a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas”.

A abordagem do Código Civil inicia-se no Título III do Livro III da Parte Geral, composto dos arts. 186 a 188, e aos dois primeiros (186 e 187) reportar-se-á ulteriormente o art. 927:

legal ou excedendo-lhe os limites: Pena - detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa”.

- 5 É valioso o entrelaçamento que Noronha (2003, p. 423-424) faz dos princípios ético-jurídicos das diversas categorias de obrigações com as raízes histórico-jurídicas dos institutos, enriquecendo sobremaneira sua pertinente análise dos institutos jurídicos mencionados: “No longínquo século II da nossa Era, Ulpiano, um dos cinco jurisconsultos clássicos a cujas opiniões uma lei dos imperadores Teodósio II e Valentiniano III veio a reconhecer força obrigatória (era a *Lei das Citações*, do ano 426), formulou a conhecida máxima sobre o que denominava de ‘preceitos do direito’ (*juris praecepta*): *neminem laedere, suum cuique tribuere, honeste vivere* (D.1,1,10,1). Trata-se de máxima que, porventura ligeiramente modificada para *neminem laedere, suum cuique tribuere, pacta servare*, quase que sintetiza os princípios fundamentais subjacentes a cada uma daquelas três categorias de obrigações. Na verdade, a cada uma dessas categorias de obrigações corresponde um princípio ético-jurídico diferente, que assinala claramente as diversas finalidades por elas visadas. As obrigações negociais têm na sua base o princípio de que quem assume livremente uma obrigação, deve cumpri-la: *pacta sunt servanda*, os pactos têm de ser acatados. É princípio que tem por pressupostos essenciais os princípios da autonomia privada, da boa-fé e da justiça contratual, não deixando, aliás, de estar contido na expressão de Ulpiano *honeste vivere*, viver honestamente. As obrigações de responsabilidade civil baseiam-se essencialmente no princípio *neminem laedere*, não lesar ninguém: quem causa dano a outrem, deve repará-lo. As obrigações de enriquecimento sem causa assentam no velho princípio de justiça *suum cuique tribuere*, dar a cada um o que é seu, e mesmo que este princípio tenha um alcance bem maior: quem beneficiou com algo alheio, deve restituir o valor do benefício. Cada um dos três princípios ético-jurídicos aponta para uma obrigação com causa e finalidade próprias: no primeiro princípio (*pacta sunt servanda*), a causa da obrigação é o compromisso assumido e a prestação consiste na efetivação deste (obrigação negocial); no segundo (*neminem laedere*), a causa da obrigação é o dano causado e a prestação tem por finalidade repará-lo (obrigação de responsabilidade civil); no terceiro (*suum cuique tribuere*), a causa está no acréscimo patrimonial indevido e a prestação consiste na sua remoção para o patrimônio da pessoa com direito a ele (obrigação de restituição por enriquecimento sem causa)”.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. 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 os direitos de outrem.

Malgrado divergências doutrinárias (NORONHA, 2003, p. 467-477), é do art. 186 que comumente se extraem como pressupostos básicos da responsabilidade civil⁶ três elementos imediatos (a “tríplice ocorrência”): ação ou omissão, dano e nexos causal (naturalmente entre a ação ou omissão e o dano⁷), aos quais se acresce desde logo, para efeito didático, o *dolo*⁸ ou

- 6 Este é um tema controverso; há vertentes de pensamento bem diferentes. Noronha (2003, p. 467-468) faz, à sua óptica, um apanhado mais minucioso dos pressupostos da responsabilidade civil: “Reduzindo a responsabilidade civil à sua expressão mais simples, pode-se dizer que, para que ela surja, é preciso que haja um *dano* e que tenhamos uma *pessoa* que deva responder por ele. Mas saber quando é que uma pessoa pode ser responsabilizada por um dano exige o apuramento de diversos elementos, que importa conhecer. Perante um *dano* de qualquer natureza (isto é, a pessoas ou coisas, patrimonial ou extrapatrimonial, individual ou coletivo), o jurista começará procurando saber se ele corresponde à violação de um bem juridicamente tutelado, isto é, averiguará se o dano tem cabimento no *âmbito de proteção*, ou *escopo*, de uma norma. Se existir norma tutelando o bem violado (e atualmente são protegidos quase todos os bens que interessam às pessoas, individual ou coletivamente), procurará saber qual foi a *causa* do dano, ou, em casos muito excepcionais, se ele simplesmente se verificou no decurso de uma dada atividade”.
- 7 “O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se nexos causal, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência” (DINIZ, 2004, p. 108).
- 8 Para Pereira (2000, p. 208), “*dolo* é a infração do dever legal ou contratual, cometida voluntariamente, com a consciência de não cumprir. A vontade do agente pode dirigir-se para o resultado maléfico, e, sabendo do mal que sua conduta irá gerar, quer este resultado, apesar de suas consequências conhecidas. Esta é uma noção clássica de *dolo* que Carvalho de Mendonça resume no *animus injuriandi*. Não é modernamente necessária, na sua configuração, aquela preordenada vontade de violar a obrigação (Ruggiero). Basta, a caracterizá-lo, que o agente tenha a consciência da infração, e esteja ciente do dano que se lhe siga. O elemento fundamental de sua verificação, para a concepção tradicional, estava no *animus*

culpa⁹, cuja demonstração será de regra exigível no caso de responsabilidade civil subjetiva.

Classificações tradicionais são aquelas que dividem a responsabilidade em contratual e extracontratual, ou em subjetiva e objetiva; e ainda aquela que reparte as obrigações entre as de meio e as de resultado.

Perpassadas as classificações é que poderemos examinar com mais lastro os assuntos e acórdãos seguintes, a começar pelo proferido em março de 2008, na Terceira Câmara de Direito Civil, no julgamento da Apelação Cível n. 2007.064655-3, relator o Desembargador Fernando Carioni:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO^S MATERIAIS E MORAIS – TRATAMENTO ODONTOLÓGICO – FRATURA POR INSTRUMENTO ENDODÔNTICO – INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA DO PROFISSIONAL – *ONUS PROBANDI* DO POSTULANTE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – NEXO DE CAUSALIDADE NÃO DEMONSTRADO – RESPONSABILIDADE AFASTADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Ausente o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta do agente, requisito indispensável para a responsabilização civil, a improcedência do pleito indenizatório é medida que se impõe.

nocendi, intenção de causar o mal, de difícil e às vezes impossível objetivação na prática, porque se é fácil provar a transgressão, e se o efeito danoso logo se consigna, a intenção é de evidenciação difícil, em razão da sua extrema subjetividade e seu menor grau de exteriorização. Adotando-se a outra concepção, já se torna mais viável demonstrá-lo, pois que não há mister indagar se o agente quis o efeito maléfico, senão que tinha a percepção da violação ou a consciência dela”.

- 9 Também Pereira (2000, p. 209) oferece contorno certo: “Na culpa encontra-se o fator inadimplemento, porém despido da consciência da violação. A ação é voluntária, no que diz respeito à materialidade do ato gerador das consequências danosas. Mas o agente não procura o dano como objetivo de sua conduta, nem procede com a consciência da infração. Daquela ação derivam consequências prejudiciais, que não podem ficar livres de reparação. Há, assim, um encadeamento de fatos e consequências: uma atuação voluntária, ainda que sem a consciência da transgressão; um dano a alguém; uma obrigação de repará-lo, porque a conduta foi contraveniente à imposição de uma norma. Analisada originariamente esta série de fatos e consequências, ressalta que o fundamento da responsabilidade por culpa está na infração mesma de um dever, seja este legal, seja contratual, que o agente devia ter evitado, conduzindo-se de maneira a não faltar a ele. [...] Mas acha-se fora de sua etiologia [do agente] a vontade de causar o mal, ou a consciência mesma da violação”.

A primeira classificação indicada (responsabilidade civil contratual *versus* responsabilidade civil extracontratual) guarda relevância na medida em que alguém pode causar prejuízo a outrem já por descumprir uma obrigação contratual, que presume um vínculo jurídico prévio entre o lesante e lesado, já por praticar outra espécie de ato ilícito, quando inexistente ligação jurídica anterior entre o causador do dano e a vítima, isto é, até o momento em que o ato do primeiro acionou a norma que o obriga a indenizar. Exemplo da primeira conjectura é o cardiologista contratado¹⁰ que age com culpa e produz dano. Da segunda é o mesmo médico que produz dano acerca de objeto diverso do contratado (no caso, tratamento cardiológico). Aliás, “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” (THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 70), o que evidentemente não é a regra. Pereira (2000, p. 210) incorpora com propriedade essas noções à figura da culpa¹¹:

A culpa, tendo em vista a categoria do dever violado, diz-se *contratual* ou *extracontratual*. *Culpa contratual* é aquela decorrente da infração de uma cláusula ou disposição de contrato celebrado

10 Contrato, atente o leigo, pode ser tanto oral como escrito.

11 Recorrendo à apuração de Irineu Antonio Pedrotti, Kfourri Neto (2007, p. 230) arrola eventos culposos comuns na rotina profissional sob enfoque: “Assim, quanto ao cirurgião-dentista que exerce a odontologia social, denota culpa o erro no cálculo de concentração do flúor nas águas destinadas a consumo público, causando fluorese dental e, em casos extremos, intoxicações que podem conduzir ao óbito. O especialista em traumatologia bucomaxilo-facial revelará culpa se provocar fratura e luxação mandibular ao extrair um dente retido. Na endodontia – prossegue Pedrotti – vislumbra-se culpa quando: a) na preparação de um canal provoca trepanação radicular, tanto pela falta de técnica como pela errônea interpretação radiográfica; b) dá ensejo à fratura de instrumento alargador (*v.g.*, lima de instrumentação) no interior do conduto radicular, por excesso de uso ou motivo outro alheio à necessidade técnica. O ortodontista agirá com culpa ao não controlar a força aplicada para movimentação dental, ocasionando reabsorção radicular. Em odontopediatria, é culpado o dentista que: a) condena um elemento dental temporário, em vez de restaurá-lo. (É que ele servirá de guia para o posicionamento do sucessor permanente.); b) extrai dentes temporários destruídos, mas com chance de recuperação através de prótese, provocando, posteriormente, distúrbio de oclusão na dentição permanente da criança. Especialista em prótese, denotará conduta culposa o dentista que ‘instala prótese mal planejada, causando ao paciente problemas periodontais nas estruturas dentais remanescentes’, ou que ‘instala prótese mal planejada, onde o princípio de oclusão não foi respeitado, provocando distúrbios na articulação têmporo-mandibular’. O cirurgião-dentista especializado em radiologia agirá culposamente ao empregar técnica não apropriada ou não cuidar da boa técnica na revelação radiográfica, induzindo a erro na interpretação da radiografia e consequente falha de diagnóstico. O periodontista – que trata do periodonto, estrutura óssea e tecidos que sustentam os dentes, aí incluída a gengiva, cimento e ligamento periodontal – age com culpa ao não remover adequadamente os cálculos ou quando não instrui corretamente o paciente na remoção da placa, fator essencial à preservação da estrutura dental”.

entre as partes. *Culpa extracontratual*, também chamada *aquiliana*, em razão de se achar originariamente definida na romana *Lex Aquilia*, é a transgressão do dever legal, positivo, de respeitar o bem jurídico alheio, ou do dever geral de não causar dano a outrem, quando a conduta do agente não está regulada por uma convenção.

Sem embargo do inegável didatismo, essa classificação sofre a procedente restrição apontada por Noronha (2003, p. 432-433):

A responsabilidade civil, na acepção estrita ou técnica [...], é tradicionalmente chamada de “responsabilidade extracontratual”; por sua vez, a responsabilidade negocial é usualmente chamada de “responsabilidade contratual”. Trata-se, porém, de expressões equívocas, na medida em que ignoram a existência de obrigações nascidas de negócios jurídicos unilaterais, como a promessa pública de recompensa, a garantia convencional oferecida por fabricantes ao consumidor final e a subscrição de títulos de crédito [...].

Assim, por um lado, a expressão “responsabilidade contratual” esconde que a par da obrigação de indenizar derivada do inadimplemento dos contratos, e regendo-se pelos mesmos princípios, existe também aquela resultante do inadimplemento de negócios jurídicos unilaterais. Por outro lado, a expressão “responsabilidade extracontratual” poderia sugerir, erradamente, que o inadimplemento desses negócios jurídicos unilaterais se regeria por princípios diversos dos aplicáveis aos bilaterais, ou contratos: a verdade é que, em matéria de responsabilidade pelo inadimplemento, tanto os negócios jurídicos unilaterais como os bilaterais, ou contratos, estão sujeitos a regime jurídico idêntico – e que é diverso do aplicável àquelas obrigações que aqui incluímos na expressão *responsabilidade civil*, em sentido estrito.

A estas razões, acresce que a bipartição “responsabilidade contratual” e “extracontratual” reflete um tempo passado, o da elaboração da distinção, em que se dava o máximo relevo às obrigações assumidas no âmbito da autonomia privada, relegando a lugar secundário as não “contratuais”. Atualmente já se vai reconhecendo que a responsabilidade que era chamada de extracontratual não é simplesmente aquela que fica para além

dos contratos, ela é bem mais importante, é o regime-regra da responsabilidade civil [...].

Por essas razões falaremos apenas em “responsabilidade civil” e em “responsabilidade negocial”, abandonando as designações tradicionais de “responsabilidade contratual” e “extracontratual”. Fique bem claro que quando falamos em responsabilidade civil geral, ou em sentido estrito, não englobamos nela a responsabilidade contratual, que cabe dentro da negocial.

A segunda classificação exibida é de fundamento, uma vez que a responsabilidade civil objetiva¹², decorrente da teoria do risco (também

12 Oportuno histórico da responsabilidade civil objetiva é ofertado por Silva (2004): “Nos primeiros tempos do direito romano, a responsabilidade era objetiva, dissociada da noção de culpa e baseada na ideia de vingança privada, embora não tivesse nenhuma relação com o risco profissional, tal como hoje é concebido. Com o tempo, abandonou-se a ideia de represália e, a partir da *Lex Aquilia*, desenvolveu-se a moderna noção de culpa do autor do dano, que progrediu com o direito de Justiniano até ser consagrada no Código Civil francês de 1804. Invertida a regra, a responsabilidade sem culpa tornou-se exceção à responsabilidade subjetiva e passou a ser tida como um sistema mais rigoroso, que poderia acarretar na prática consequências injustas. O Código Civil brasileiro de 1916, inspirado no modelar e referencial Código Napoleão, representava a preponderância da responsabilidade subjetiva, calcada na culpa, pois seu art. 159 dispunha, de modo genérico, que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violasse direito, ou causasse prejuízo a outrem, ficava obrigado a reparar o dano. Silvio Rodrigues, durante a vigência desse Código Civil, dizia que, dentro da concepção tradicional, a responsabilidade do agente causador do dano só se configurava se ele agisse culposamente, haja vista a prevalência da teoria da culpa em relação à do risco. Havia, contudo, no próprio Código Civil de 1916 artigos que estabeleciam a responsabilidade independentemente de culpa, como os arts. 15 (responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público pelos atos de seus agentes que nessa qualidade causassem danos a terceiros), 1.101 a 1.106 (responsabilidade por vícios redibitórios) e 1.107 a 1.117 (responsabilidade por evicção), os dois últimos relativos à responsabilidade contratual. O Código Civil de 1916 representava um modelo liberal-burguês, baseado numa sociedade agrária voltada para a exportação, em descompasso com a industrialização que ia tomando conta das economias europeia e norte-americana no final do século XIX. Nesses países, o advento da sociedade industrial – consistente na adoção de novas tecnologias, no desenvolvimento do maquinismo e no crescimento e concentração da população nas cidades –, multiplicava consideravelmente o número de acidentes envolvendo máquinas e vítimas, tornando a perquirição da culpa uma atividade complexa e, ao mesmo tempo, insuficiente para a responsabilização civil. Ficava, pois, praticamente impossível à vítima provar a negligência, a imprudência ou a imperícia, por exemplo, do maquinista, ou do dono da máquina industrial causadora do acidente, sobretudo porque ela não tinha conhecimento técnico para apontar a falha humana na manutenção ou condução do engenho. Isso fez com que a doutrina, no fim do século XIX, desviasse os olhos da culpa e voltasse a atenção para o risco criado pelo proprietário da máquina, deixando de lado exames de caráter subjetivo, cujo referencial era o comportamento do ‘homem médio’. Consequência foi o restabelecimento da antiga responsabilidade sem culpa, agora definida como objetiva e entendida como a responsabilidade segundo a qual a atividade criadora de risco é suficiente para responsabilizar quem a exerce, causando danos a terceiros, independentemente de ter agido com culpa ou dolo. O direito brasileiro, sempre influenciado pela cultura europeia, não ficou inerte à evolução da nova doutrina, cuja finalidade era eminentemente social. Antes mesmo do Código Civil de 1916 entrar em vigor, a responsabilidade objetiva logo foi recepcionada pela Lei n. 2.681/1912, que a estabeleceu para as empresas de transporte ferroviário. Depois, o Decreto n. 24.687/1934 (Lei de Acidentes do Trabalho) fixou a responsabilidade objetiva do patrão pelo dano causado ao trabalhador, de que resultasse morte ou ferimento; esse encargo foi agravado pelo Decreto-Lei n. 7.036/1944, que confirmou a responsabilidade mesmo no caso de culpa da vítima. O Decreto n. 483/1938 responsabilizou o proprietário da aeronave pelos danos causados a pessoas em terra, por coisas que dela caíssem, assim como por danos derivados das manobras dos aviões em terra. Essas regras, não modificadas pelo Código Brasileiro do Ar (Dec.-Lei n. 32/1966, alterado

profissional), suprime a necessidade de demonstração de culpa. A responsabilidade civil subjetiva é a que se mantém íntegra quanto à exigência de demonstração pelo interessado dos quatro elementos inicialmente arrolados: ação ou omissão, dano, nexos causal e dolo ou culpa. Sem grande aprofundamento, podemos afirmar, com a precisão que nos empresta Dias (1950, p. 98), que, “no sistema da culpa, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou, melhor, esta indagação não tem lugar”. Portanto, a principal diferença entre a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva reside na imprescindibilidade ou não da comprovação da culpa ou dolo do agente, assim como, por consequência, na distribuição do ônus probatório.

Acerca da responsabilidade civil subjetiva *versus* responsabilidade civil objetiva, Noronha (2003, p. 484) pronuncia-se da seguinte maneira: “A mais importante das classificações possíveis é feita a partir do fundamento da imputação da obrigação de indenizar, em que [...] se defrontam dois princípios ético-jurídicos, que são em larga medida antagônicos: os princípios da culpa e do risco”. Explica que “os casos em que prevalece o princípio da culpa são chamados de *responsabilidade subjetiva*, ou *culposa*; aqueles em que domina o princípio do risco, são os de responsabilidade civil *objetiva*, ou *pelo risco*”.

O mesmo autor (2003, p. 484-485) provê conceito de responsabilidade civil subjetiva:

pelo Decreto-lei n. 234/1967), foram mantidas pelo atual Código Brasileiro da Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986).” Mais além, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, previu a responsabilidade objetiva, a começar pelo art. 12: “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”. Por fim, o Código Civil de 2002 abraçou a responsabilidade civil objetiva no parágrafo único do art. 927.

A *responsabilidade subjetiva*, ou *culposa*, também chamada de responsabilidade civil por *atos ilícitos*, ou *aquiliana*, é obrigação de reparar danos causados por ações ou omissões intencionais (ou seja, dolosas), imperitas, negligentes ou imprudentes (isto é, culposas), que violem direitos alheios. É ela que constitui o regime-regra da responsabilidade civil, como está claro no art. 927, *caput*, do Código Civil.

Esta responsabilidade nasce de *atos ilícitos*, que são ações ofensivas de direitos alheios, proibidas pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa de quem se possa afirmar ter procedido culposamente, ou mesmo de forma intencional.

Noronha (2003, p. 485-486) trabalha adiante conceito e atributos fundamentais da responsabilidade civil objetiva:

A responsabilidade civil *objetiva*, ou *pelo risco*, é obrigação de reparar danos, independentemente de qualquer ideia de dolo ou culpa. Ela nasce da prática de fatos meramente antijurídicos, geralmente relacionados com determinadas atividades (e por isso ainda sendo *riscos de atividades* “normalmente desenvolvidas pelo autor do dano” – cf. Cód. Civil, art. 927, parágrafo único). Como sabemos [...], a antijuridicidade é dado de natureza objetiva: existe sempre que o fato (ação, omissão, fato natural) ofende direitos alheios de modo contrário ao direito, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém.

Se a característica essencial da responsabilidade civil objetiva é prescindir-se de culpa, nela caberão também os casos ditos de presunção de culpa absoluta (*juris et de jure*), que são aqueles em que não é possível à pessoa responsabilizada fazer prova em contrário [como no caso dos patrões por atos dos empregados].

Por na responsabilidade civil se prescindir de culpa, muitos autores chegam a afirmar que nela não existe um nexo de imputação. Todavia, não é bem assim. O nexo de imputação existe, só que diferente: é a imputação pelo risco criado. Quem exerce determinadas atividades, suscetíveis de causar danos a terceiros, terá, como contrapartida dos benefícios que auferir, de suportar os danos que sejam eventualmente ocasionados a outrem.

Por fim, como terceira das classificações apontadas, têm-se as obrigações de meio (ou de meios) e as de resultado. *Grosso modo*, naquelas seria exigível do devedor somente que empregasse na execução do avençado sua melhor capacidade; nestas, poder-se-ia dele exigir que alcançasse a integralidade do resultado final esperável. Aqui também não se escapa de certa contenda¹³, mas do escólio de Pereira (2000, p. 33-34) se extrai esta interessante passagem:

[...] não podemos omitir uma classificação que modernamente procura contrastar as *obrigações de meio* das *obrigações de resultado*, critério este que é devido a Demogue tendo em vista a definição das responsabilidades do devedor, que ele imaginou em função de certa analogia com os delitos formais e os delitos materiais. Nas obrigações de *resultado*, a execução considera-se atingida quando o devedor cumpre o objetivo final; nas de *meio*, a inexecução caracteriza-se pelo desvio de certa conduta ou omissão de certas precauções, a que alguém se comprometeu, sem se cogitar do resultado final.

A esta altura é imprescindível consignar, como se retomará ao tratar do dano estético, que a prática odontológica quase sempre está associada a obrigações de resultado. Isso, de um lado, deve-se justamente à expectativa social de fim estético que cerca a prática odontológica e, de outro, tem consequências de profunda extensão, como nem sequer cogitar culpa do profissional. Pontua Kfourri Neto (2007, p. 229):

13 Vejam-se algumas das pertinentes ponderações de Múrias e Pereira (2008, p. 1-2): "As obrigações de resultado poderiam chamar-se obrigações de causação ou obrigações causativas. Nelas, o devedor obriga-se a causar certo resultado, o resultado definidor da prestação. Como o comportamento devido se define pela causação de um facto, *esse comportamento* ocorre apenas se o resultado ocorrer: só se causa o que acontece. Logo, um acto só será qualificado como cumprimento se o resultado vier *depois* a ocorrer. As obrigações de meios chamar-se-iam com mais clareza obrigações de tentativa ou obrigações de adequação. *As obrigações de meios também se definem por um resultado*. O devedor, porém, não se obriga a causá-lo, mas a tentar causá-lo, ou melhor, a praticar os actos que, numa apreciação *ex ante*, sejam adequados a causá-lo. É portanto comum às obrigações de meios e de resultado serem definidas através de um facto que se pretende causar. A diferença está naquilo a que o devedor se obriga: nas de resultado, obriga-se a causá-lo; nas de meios, obriga-se a tentar adequadamente causá-lo. Assim, só há cumprimento das primeiras quando o resultado definidor da prestação ocorra causado pelo devedor; nas de meios, há cumprimento quando o resultado é adequadamente tentado. Note-se que as 'obrigações de meios' *não* se definem por nenhuma indicação dos meios que o devedor usará para cumprir. Pelo contrário, ele é totalmente livre na sua escolha, salvo convenção adicional".

Há obrigações de meios – segundo Demogue – quando a própria prestação nada mais exige do devedor que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado. É o caso do médico, que se obriga a envidar seus melhores esforços e usar de todos os meios indispensáveis à obtenção da cura do doente, mas sem jamais assegurar o resultado, ou seja, a própria cura.

Na obrigação de resultado, se o profissional não atinge o fim a que se propõe, não terá cumprido sua obrigação. Ou alcança o resultado, ou terá que arcar com as consequências.

André Luís Maluf de Araújo elenca, dentro da odontologia, as seguintes especialidades, que envolveriam obrigação de resultado: dentística restauradora, odontologia legal, odontologia preventiva e social, ortodontia, prótese dental e radiologia. Já a cirurgia e traumatologia bucomaxilo-faciais, a endodontia, a periodontia, a odontopediatria, a patologia bucal e a prótese bucomaxilo-facial deveriam ser analisadas caso a caso.

A exata compreensão desse aspecto se reflete no ônus da prova: nas obrigações de resultado, se o fim colimado não é atingido, a vítima não precisará provar a culpa do profissional, para obter a indenização. Incumbirá ao devedor (o dentista), para destruir a presunção, comprovar que teve conduta diligente – mas, mesmo assim, sobreveio evento irresistível.

Sem embargo, reconhecida a obrigação de meio, e não de resultado (no estudo vertente, notadamente quando não vislumbrado fim estético preponderante), caberá ao sedizente prejudicado a prova da culpa do profissional. Para balizar essa referência, veja-se o acórdão produzido no julgamento da Apelação Cível n. 2008.025741-4, de setembro de 2008, relator o Desembargador Marcus Tulio Sartorato, cuja ementa se transcreve:

RESPONSABILIDADE CIVIL. TRATAMENTO ORTODÔNTICO. AUTORA QUE ALEGA ERRO DE DIAGNÓSTICO, POIS A RÉ TERIA DESCONSIDERADO A NECESSIDADE DE CIRURGIA, E ERRO PROCEDIMENTAL, SUSTENTANDO AUMENTO DAS DORES E AGRAVAMENTO DA MÁ-OCCLUSÃO DENTÁRIA. PROVA PERICIAL QUE NÃO APONTA FALHA NOS PROCEDIMENTOS ADOTADOS PELA RÉ. OBRIGAÇÃO DE MEIO

E NÃO DE RESULTADO. CULPA PROFISSIONAL NÃO DEMONSTRADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Eventual erro de diagnóstico, por si só, não é suficiente para a responsabilização do profissional pela reparação dos danos dele resultantes. Cumpre ao paciente provar que o profissional obrou com culpa.
2. Não restando provado nos autos o erro procedimental imputado, inexistente o dever de indenizar.

Como corolário, no apreciar dos casos postos em juízo, não raro são equiparadas as consequências da responsabilidade civil subjetiva às das obrigações de meio, e as da responsabilidade civil objetiva às das obrigações de resultado, embora isso não seja exato, como se infere da lição de Stoco (2004, p. 468).

Na obrigação de meio o contratado obriga-se a prestar um serviço com diligência, atenção, correção e cuidado sem visar um resultado. Na obrigação de resultado o contratado obriga-se a utilizar-se adequadamente dos meios, com correção, cuidado e atenção e, ainda, obter o resultado avençado.

Em ambas a responsabilidade do profissional está escorada na culpa, ou seja, na atividade de meios culpa-se o agente pelo erro de percurso, mas não pelo resultado, pelo qual não se responsabilizou. Na atividade de resultado culpa-se pelo erro de percurso e também pela não obtenção ou insucesso do resultado, porque este era o fim colimado e avençado, a *meta optata*.

No primeiro caso (obrigação de meio) cabe ao contratante ou credor demonstrar a culpa do contratado ou devedor. No segundo (obrigação de resultado) presume-se a culpa do contratado, invertendo-se o ônus da prova, pela simples razão de que os contratos em que o objeto colimado encerra um resultado, a sua não obtenção é *quantum satis* para empenhar, por presunção, a responsabilidade do devedor.

Entretanto, ainda antes de voltar a julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça acerca da responsa-

bilidade civil dos cirurgiões-dentistas diante de uma peça-chave do nosso estudo, que é o direito do consumidor, cumpre abordar um tema candente na órbita do dano moral.

3 DANO MORAL E DANO ESTÉTICO

É hoje sabido, do jurista e do leigo, que o dano moral é independente do dano material, e com ele cumulável. Assim sua incidência, assim seu ressarcimento. Mas nem sempre foi dessa forma. Na evolução da responsabilidade civil (à qual se reporta a grande massa dos doutrinadores), de larga trajetória, só no século XX passou-se a debater seriamente a autonomia do dano moral diante do dano mais visível, concreto, palpável, que é o dano material.

No Brasil, foi sob a firma do Presidente Hermes da Fonseca que se publicou o Decreto n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, o qual previa a responsabilidade das estradas de ferro em face dos usuários. Contemplaria, talvez, reparação por dano moral em seu art. 21:

No caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente.

Certo é que o Código Civil de 1916 – revogado em 2003 pelo atual – trazia hipóteses de reparação que não se coadunavam com o mero ressarcimento: art. 1.537 (pagamento pelo lesante, à família do ofendido, de despesas com funeral e luto da família); art. 1.547 (calúnia e difamação); art. 1.548 (mulher agravada); art. 1.549 (crimes de violência sexual); ou mesmo o art. 1.550 (ofensa à liberdade pessoal). Leite (1997, p. 33-35), ministro do Superior Tribunal de Justiça, registrou que de longa data a doutrina passou – na esteira do próprio Clóvis Beviláqua, principal artífice do Código de 1916 – a acatar com relativa tranquilidade o cabimento da

reparação por dano moral, conquanto a discussão continuasse a ser, de tempos em tempos, retomada nos tribunais brasileiros praticamente até às portas da Constituição de 1988. Isso ocorria principalmente quando se tinha em mente uma total desvinculação entre o dano moral e o dano material, caso ambos houvessem de fazer-se presentes em decorrência de um mesmo fato.

A Constituição Federal sepultou de vez qualquer resistência pretoriana ao decretar, em seu art. 5º, V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Lembre-se, contudo, que

admitir expressamente a indenização por dano moral, como fez a Constituição de 88, é bom que se diga, não constituiu algo inédito em nossa legislação. Já o tinham feito antes o Código Brasileiro de Telecomunicações, a Lei de Imprensa e a Lei dos Direitos Autorais, ainda que no plano da especialização (LEITE, 1997, p. 35).

Por sua vez, o Código Civil de 2003, neste tópico bastante restrito, apenas ressaltou que a geração de dano exclusivamente moral é apta a configurar o ato ilícito (art. 186).

Vistoriado o alicerce legal do dano moral, muito sobre ele poderia ser dito, mas o Desembargador Marcus Tulio Sartorato, no acórdão proferido no julgamento da Apelação Cível 2008.004222-2, de novembro de 2008, oferta útil apanhado. Dele transcreve-se a ementa, que ilustra com completude o caso versado, e o desfecho da subementa – o que nos interessa aqui:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ALEGADA NULIDADE DA PROVA PERICIAL POR TER SIDO SUPOSTAMENTE PRODUZIDA DE FORMA UNILATERAL. INSUBSISTÊNCIA. RÉU QUE SE MANIFESTOU SOBRE TODOS OS ATOS RELATIVOS À PROVA TÉCNICA, TENDO INCLUSIVE APRESENTADO QUESITOS E MA-

NIFESTAÇÃO AO LAUDO PERICIAL. PROCEDIMENTO REALIZADO EM ESTREITA CONSONÂNCIA COM A LEGISLAÇÃO E EM RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. IRREGULARIDADE INEXISTENTE. PRELIMINAR AFASTADA. TRATAMENTO ORTODÔNTICO. SUBSTITUIÇÃO DE PRÓTESES DENTÁRIA. PROVA TÉCNICA QUE APONTA DE FORMA SEGURA E CONVINCENTE AS IRREGULARIDADES COMETIDAS PELO RÉU (DENTISTA) NO TRATAMENTO DO AUTOR. PINOS COLOCADOS EM TAMANHO INFERIOR AO RECOMENDADO, PRÓTESES DE MÁ QUALIDADE, OCASIONANDO A QUEDA DA DENTIÇÃO DO PACIENTE PERANTE TERCÉIROS. MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADA. ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. DEVER DE INDENIZAR INAFASTÁVEL. DANOS MATERIAIS. QUANTIA ARBITRADA DE ACORDO COM O ORÇAMENTO APRESENTADO (R\$ 8.900,00). VALOR NÃO IMPUGNADO. DANOS MORAIS FIXADOS EM R\$ 20.000,00. *QUANTUM* INADEQUADO PARA O CASO *SUB EXAMINE* FRENTE AOS PARÂMETROS DA CÂMARA EM SITUAÇÕES ANÁLOGAS. REDUÇÃO NECESSÁRIA NO CASO CONCRETO PARA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DOS ARTS. 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (CORRESPONDENTE AO ART. 186 DO CC/2002) 927 DO ATUAL CÓDIGO CIVIL E 14 DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

3. A indenização por danos morais – que tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, ao elemento pedagógico, consistente na observação pelo ofensor de maior cuidado de forma a evitar a reiteração da ação ou omissão danosa – deve harmonizar-se com a intensidade da culpa do lesante, o grau de sofrimento do indenizado e a situação econômica de ambos, para não ensejar a ruína ou a impunidade daquele, bem como o enriquecimento sem causa ou a insatisfação deste.

Advirta-se, todavia, que a abrangência do dispositivo constitucional, categórico, fez despertar quase de imediato uma indagação muito simples: ao assinalar “dano material, moral ou à imagem”, quis o constituinte promover uma terceira modalidade de reparação, por dano estético, ainda separada do dano moral? A resposta a essa pergunta é de fundamental importância para o presente estudo, pois as demandas por erro odontológico, ainda mais do que por erro médico, reiteradamente contêm dano estético.

Então, se não bastassem as peculiaridades do que foi exposto até o tópico anterior, só essa questão já seria merecedora de um olhar cuidadoso. Viu-se que o exame da natureza e dos limites do dano, ao menos na óptica jurídica, evoluiu a ponto de reconhecer o dano puramente moral. A partir daí, havendo notável pacificação, tomou lugar debate subsequente no sentido de perquirir se o dano puramente estético, não tendo reflexo patrimonial, pode fazer emergir reparação independente da do dano moral (ou cumulativa com ele).

Sobre dano estético esclarece Santos (2003, p. 343-344):

A alma apolínea é o ideal perseguido por todo ser humano. Por isso, a grande preocupação com a lesão aos valores estéticos, que aparece quando ocorre um ataque à integridade física que modifica aspectos da anatomia de alguém. A ofensa adquire especiosa particularidade porque a sociedade se curva à beleza e exige que seus integrantes sejam belos – segundo os padrões que impõe. [...] Sem embargo da existência social que impõe tenha a pessoa um corpo harmônico, o próprio ente humano deseja, para si mesmo e para uma boa convivência, uma porção de beleza. [...] Nesse sentido, o dano estético compreende todo o menoscabo, diminuição e perda da beleza física de uma pessoa; é uma alteração que se traduz em uma deterioração dessa harmonia corporal, propriedade dos corpos que os tornam agradáveis aos olhos de outras pessoas.

Ocorre que o ponto fulcral não está em saber se o dano à imagem (estético) é juridicamente relevante ou passível de reparação. A resposta só

pode ser positiva. A questão está em saber se podem surgir de um mesmo fato (*v.g.* uma deformidade maxilar) dano moral e dano estético. Para propugnar pelo máximo: um mesmo fato pode fazer emergir as três predições constitucionais (dano material, dano moral e dano estético), ou este último, neste caso, estará sempre subsumido no dano material (como no exemplo do ator ou modelo fotográfico, que fazem evidente uso econômico da própria imagem) ou no dano moral (na maioria dos casos)?

No início houve grande resistência, que parece perseverar até hoje, de por um mesmo fato reconhecerem-se as três modalidades de dano: material, moral e estético, como esclarece o instrutivo pronunciamento de Leite (1997, p. 37) a que temos referido:

Em tal contexto, surge uma outra questão relevante, que diz respeito ao dano estético. Consoante anota Wladimir Valler, a lesão estética pode ou não envolver um dano patrimonial, conforme provoque ou não um prejuízo suscetível de apreciação pecuniária. Certo, entretanto, que constitui modalidade de dano moral, daí ter decidido o Superior Tribunal de Justiça, em pelo menos duas oportunidades, sendo que num dos casos funcionei como relator (REsp nº 57824-8 -MG), que a indenização por dano estético não pode ser cumulada com a indenização por dano moral, sob o mesmo título. Não é possível deferir-se a última em razão unicamente da dor causada pela lesão estética.

Com o passar dos anos, vários tribunais abandonaram essa rigidez e abraçaram a vertente segundo a qual a cumulação é possível. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina é um deles. O julgamento da Apelação Cível n. 2007.029339-0, relatado pelo Desembargador Sérgio Heil perante a Primeira Câmara de Direito Civil, em outubro de 2007, produziu a seguinte ementa:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CONDENATÓRIA DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS, ESTÉTICOS E MORAIS. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA. MÉRITO. PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO EM DANOS ESTÉTICOS, DIANTE DA

NÃO PERPETUIDADE DA LESÃO. DANOS CONSIDERÁVEIS (PERDA ÓSSEA E DENTES SAUDÁVEIS). DANO ESTÉTICO CARACTERIZADO. ENTENDIMENTO PACIFICADO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS. PLEITO PELA MINORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO AFASTADO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS.

Contudo, está bem viva a exegese mais tradicional, que entende que o dano estético ou se subsume no dano material ou no dano moral. No acórdão referente à Apelação Cível n. 2009.015642-1, julgada em agosto de 2009, o relator, Desembargador Sérgio Baasch Luz, assim registrou:

REEXAME NECESSÁRIO - DANOS MORAIS - IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM OS DANOS ESTÉTICOS - NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO - DEVIDA MINORAÇÃO DO *QUANTUM* ARBITRADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS - JUROS DE MORA A CONTAR DO EVENTO DANOSO E CORREÇÃO MONETÁRIA DE SEU ARBITRAMENTO (DANOS MORAIS) OU RESPECTIVO PREJUÍZO (DANOS MATERIAIS) - APLICAÇÃO DA TAXA SELIC - REMESSA PARCIALMENTE PROVIDA.

- No tocante a cumulação da indenização por dano estético e moral, diz-se que o primeiro é espécie do gênero do segundo e, desta forma, indenizado o dano moral, o estético está nele incorporado. Portanto, “Sem sombra de dúvida, o dano estético subsume-se no dano moral.” (AC n. 2006.042439-4, rel. Des. Vanderlei Romer, da Capital).

No entanto, a verdade é que está firmada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser possível a cumulação de danos estéticos com os danos morais em relação ao mesmo fato, desde que ambos possuam fundamentos distintos, ou melhor, sejam concedidos a título diferente. No triste, mas nem por isso menos ilustrativo, acórdão proferido no julgamento do REsp. n. 910.794-RJ, em outubro de 2008, relatora a Ministra Denise Arruda, a Primeira Turma decidiu:

RECURSO ESPECIAL DE JPGB E OUTROS. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. HOSPITAL MUNICIPAL. AMPUTAÇÃO DE BRAÇO DE RECÉM-NASCIDO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO EM FAVOR DOS PAIS E IRMÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É possível a cumulação de indenização por danos estético e moral, ainda que derivados de um mesmo fato, desde que um dano e outro possam ser reconhecidos autonomamente, ou seja, devem ser passíveis de identificação em separado. Precedentes.
2. Na hipótese dos autos, em Hospital Municipal, recém-nascido teve um dos braços amputado em virtude de erro médico, decorrente de punção axilar que resultou no rompimento de veia, criando um coágulo que bloqueou a passagem de sangue para o membro superior.
3. Ainda que derivada de um mesmo fato – erro médico de profissionais da rede municipal de saúde –, a amputação do braço direito do recém-nascido ensejou duas formas diversas de dano, o moral e o estético. O primeiro, correspondente à violação do direito à dignidade e à imagem da vítima, assim como ao sofrimento, à aflição e à angústia a que seus pais e irmão foram submetidos, e o segundo, decorrente da modificação da estrutura corporal do lesado, enfim, da deformidade a ele causada.
4. Não merece prosperar o fundamento do acórdão recorrido no sentido de que o recém-nascido não é apto a sofrer o dano moral, por não possui capacidade intelectual para avaliá-lo e sofrer os prejuízos psíquicos dele decorrentes. Isso, porque o dano moral não pode ser visto tão-somente como de ordem puramente psíquica – dependente das reações emocionais da vítima –, porquanto, na atual ordem jurídica-constitucional, a dignidade é fundamento central dos direitos humanos, devendo ser protegida e, quando violada, sujeita à devida reparação.
5. A respeito do tema, a doutrina consagra entendimento no sentido de que o dano moral pode ser considerado como violação do direito à dignidade, não se restringindo, necessariamente, a

alguma reação psíquica (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 76/78).

6. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 447.584/RJ, de relatoria do Ministro Cezar Peluso (DJ de 16.3.2007), acolheu a proteção ao dano moral como verdadeira “tutela constitucional da dignidade humana”, considerando-a “um autêntico direito à integridade ou à incolumidade moral, pertencente à classe dos direitos absolutos”.

[...]

8. Com essas considerações, pode-se inferir que é devida a condenação cumulativa do Município à reparação dos danos moral e estético causados à vítima, na medida em que o recém-nascido obteve grave deformidade – prejuízo de caráter estético – e teve seu direito a uma vida digna seriamente atingido – prejuízo de caráter moral. Inclusive, a partir do momento em que a vítima adquirir plena consciência de sua condição, a dor, o vexame, o sofrimento e a humilhação certamente serão sentimentos com os quais ela terá de conviver ao longo de sua vida, o que confirma ainda mais a efetiva existência do dano moral. Desse modo, é plenamente cabível a cumulação dos danos moral e estético nos termos em que fixados na r. sentença, ou seja, conjuntamente o *quantum* indenizatório deve somar o total de trezentos mil reais (R\$ 300.000,00). Esse valor mostra-se razoável e proporcional ao grave dano causado ao recém-nascido, e contempla também o caráter punitivo e pedagógico da condenação.

Do entendimento estampado na ementa transcrita, uniforme com outros muitos¹⁴, deriva a recente Súmula 387 do próprio Superior Tribunal de Justiça: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

14 Confirmam-se por exemplo alguns julgados publicados no segundo semestre de 2009: REsp. n. 880.548-RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 15-9-2009; AgRg no Ag n. 659.286-SP, rel. Des. Paulo Furtado, j. 23-6-2009; AgRg no REsp. n. 936.838-ES, rela. Mina. Denise Arruda, j. 18-6-2009.

4 RELAÇÃO DE CONSUMO NA PRÁTICA ODONTOLÓGICA

Não é pouco o que já foi escrito sobre responsabilidade civil dos médicos, ou aplicável aos erros médicos etc. Idêntico caminho percorre a responsabilidade civil dos dentistas, cada vez mais assíduos, nesse circuito, nos tribunais. Grande parte – a quase totalidade, em verdade – do que se diz aqui, aliás, aplica-se lá. Com efeito, talvez a diferença mais clamorosa seja o fato de que a prática odontológica é, ao contrário da prática médica em geral e quase sempre, voltada a fins estéticos¹⁵, o que a estriba firmemente às obrigações de resultado. A par dos conceitos basilares da responsabilidade civil, os quais, como se viu, aplicam-se em justa medida aos eventuais prejuízos causados por dentistas, há um último aspecto que não pode passar em branco: o Código de Defesa do Consumidor.

Theodoro Júnior (2001, p. 2) redigiu arrojado ensaio, em cujo introito expôs:

Depois da perplexidade dos primeiros tempos de vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990), em que se notava uma acentuada timidez dos órgãos judiciais para aplicar os novos princípios tutelares da parte vulnerável das relações de consumo, passou-se, nos últimos anos, a uma certa euforia na concessão de favores indiscriminados aos consumidores, nas ações de revisão e rescisão contratual.

Nessa linha vários julgados têm, *v.g.*, reconhecido a promissários-compradores inadimplentes o direito de impor a restituição ao promitente-vendedor do imóvel negociado, para forçar a recuperação das prestações pagas, ao simples pretexto de dificuldades pessoais do adquirente para cumprir as obrigações avençadas,

15 Não se negue que isso se deve, em grande parte à própria autocolocação dos dentistas no mercado, indubitavelmente com vistas no maior retorno pecuniário de sua atividade. Cartazes com lindos sorrisos são lugares-comuns nos consultórios odontológicos. A promessa de resultado aí embutida é clara. Ainda que assim não fosse, a realidade não é desconhecida de ninguém: é raro, para não dizer inexistente, haver paciente que se apresente ao dentista para “verificar sua saúde bucal”, como comumente os mesmos pacientes se apresentam aos médicos cardiologistas, por exemplo. O grande mercado, passado e presente, da Odontologia – infelizmente ou não (não é este nosso debate) – é a estética. De seu lado, o direito procura, idealmente, refletir a ordem social que o alimenta.

como desemprego, doença, congelamento ou redução de salário, desvalorização do imóvel, etc.

A indagação que se faz é se a tutela prevista no CDC seria tão ampla a ponto de anular as garantias tradicionais do contrato, despiando-o, por completo, de seu principal atributo, que é a força obrigatória, para relegar sua sorte, quase que exclusivamente, à força unilateral do consumidor. Qual seria, enfim, a dimensão do verdadeiro impacto da legislação protetiva do consumidor sobre o regime jurídico do contrato?

Como harmonizar, outrossim, o sistema especial das normas do direito de consumo não só com o regime contratual instituído pelo direito privado, mas também com o sistema econômico-social idealizado pela Constituição?

Não é difícil imaginar que de pronto tomou corpo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às ações propostas em desfavor de cirurgiões-dentistas para ressarcimento por danos provocados em tratamento dentário. O paciente odontológico facilmente se enquadra na categoria de consumidor¹⁶, e o dentista, na categoria de fornecedor¹⁷. O art. 4º do Código, aliás, refere-se expressamente à saúde como meta específica da Política Nacional das Relações de Consumo (materialização do comando inserto no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”). Entre variadas regras prenunciadas no art. 6º¹⁸, avulta aquela do inciso VIII, como direito

16 Art. 2º do Código de Defesa do Consumidor: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

17 Art. 3º do Código de Defesa do Consumidor: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

18 Tome-se nota do cardeal art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas

básico do consumidor: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Veja-se o precedente do Superior Tribunal de Justiça gravado no julgamento do REsp. n. 122.505-SP, ainda de junho de 1998, relator o hoje falecido Ministro Menezes Direito:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIÃO-DENTISTA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS.

1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a “responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (art. 14, § 4º).

2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao “critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da “facilitação da defesa” dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.

3. Recurso especial não conhecido.

abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; IX - (Vetado); X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

Sem perder essas preocupações de vista, importa antes de mais nada fazer emergir o contido no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Vê-se, pois, um outro prisma jurídico que deve ser empregado no exame das causas previstas neste ensaio. Paralelamente ao já aventado (pressupostos da responsabilidade civil; responsabilidade civil contratual/negocial *versus* responsabilidade civil extracontratual/*stricto sensu*; responsabilidade civil subjetiva *versus* responsabilidade civil objetiva; obrigação de meio *versus* obrigação de resultado; verificação de culpa no erro odontológico etc.), o acatamento do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor mostra-se de rigor, porquanto – como já delineado – a relação entre paciente e dentista se acomoda com folga no relicário consumerista. O *caput* do art. 14 lança

marcas patentes de responsabilidade civil objetiva (“independentemente da existência de culpa”), o que sem muito esforço se amolda à exceção (à regra aquiliana, ou da responsabilidade civil subjetiva) imposta pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil, primeira hipótese, sem portanto sequer ser necessário aventar o cabimento da segunda hipótese: “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 os direitos de outrem”.

Há, também, no referido art. 14, em seu § 3º, a previsão das excludentes de responsabilidade, tão manuseadas pela jurisprudência (porque contínuas frequentadoras das contestações): “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. Finalmente, a exceção (dentro da exceção que representa o § 4º) ao quadrado, pois o art. 14 já constitui exceção à regra geral aquiliana, para cujos braços retorna o § 4º: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Se não bastasse, há por assim dizer uma nova reviravolta. É que com essa especial prerrogativa, a partida teria números finais caso não fosse jogada coletiva e simultaneamente. Com efeito, para fechar o ciclo é inevitável redobrar o lance da distinção entre obrigação de meio e obrigação de resultado (tantas vezes aqui já exaltada), peculiaridade que torna as ocorrências (ou não) de erro médico (e mais ainda de erro odontológico) não raro verdadeiros metabolismos jurídicos, de marcada riqueza. Em Santa Catarina, ao julgar a Apelação Cível n. 2007.057588-3, em março de 2009, a Primeira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça, sob relatoria do Desembargador Joel Figueira Jr., gerou a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROFISSIONAL LIBERAL (DENTISTA). CERCEAMEN-

TO DE DEFESA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. PRELIMINAR AFASTADA. DOENÇA PERIODONTAL CRÔNICA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. INEXISTÊNCIA DE ACOMPANHAMENTO RIGOROSO. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO DAS TÉCNICAS EMPREGADAS. DESENVOLVIMENTO DA DOENÇA PARA ESTÁGIO MAIS GRAVE. CULPA DO RÉU COMPROVADA. NEGLIGÊNCIA. DEVER DE REPARAR OS PREJUÍZOS MORAIS E MATERIAIS CAUSADOS, MESMO AQUELES MANIFESTADOS APÓS A PROPOSITURA DA DEMANDA. FATO SUPERVENIENTE VINCULADO ÀQUELE QUE DEU AZO A PROPOSITURA DA AÇÃO. EXEGESE DO ART. 462 DO CPC. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

I – Não há momento específico para o Magistrado inverter o ônus da prova (art. 6.º, VIII, do CDC), sendo mais adequado, entretanto, por se tratar de regra de julgamento, que o faça na sentença. Assim, demonstrada a verossimilhança das alegações da Autora e, sendo ela hipossuficiente no tocante aos conhecimentos técnicos para o deslinde da questão, a inversão do ônus da prova no momento da prolação da sentença configura-se acertada, não havendo que se falar em cerceamento de defesa.

II – Na maioria das vezes a atuação dos cirurgiões-dentistas encerra obrigação de resultado, notadamente quando o procedimento realizado decorrer de especialidades como dentística restauradora, ortodontia, e implantodontia, e que visam, quase sempre, melhorias de ordem estética e fisiológica. Porém, *in casu*, resta caracterizada uma obrigação de meio, pois o tratamento objetivava a contenção de uma doença periodontal, não podendo o profissional garantir que a cura seria alcançada, em razão das limitações técnicas e da influência das condições pessoais da paciente.

III – O Réu, mesmo procurado inicialmente para corrigir problemas de estética bucal, ao diagnosticar a doença gengival da Autora, tinha o dever de acompanhar sua evolução, controlando-a por todos os meios disponíveis, pois ao profissional da saúde incumbe proceder ao tratamento de qualquer patologia constatada ou encaminhar o paciente a um profissional especialista,

devendo, em todos os casos, informá-lo e orientá-lo acerca das consequências da moléstia.

IV – Das provas carreadas nos autos, principalmente documental e pericial, fica evidente a negligência do Réu, ao deixar de fazer o acompanhamento radiográfico da situação dentária da Autora, limitando-se ao diagnóstico visual, quando é sabido, pelo que consta do processo, que a doença periodontal tem implicações na estrutura óssea, detectáveis apenas por meio de radiografias.

Desta forma, comprovada que a inexistência de um acompanhamento mais rigoroso contribuiu no desenvolvimento da doença para um estágio mais grave, resta configurada a responsabilidade civil do Réu e, conseqüentemente, o dever de reparar os danos materiais e morais suportados pela vítima.

V – Considerando a natureza compensatória do montante pecuniário em sede de danos morais, a importância estabelecida em decisão judicial há de estar em sintonia com o ilícito praticado, a extensão do dano sofrido pela vítima com todos os seus consectários, a capacidade financeira do ofendido e do ofensor, servindo também como medida punitiva, pedagógica e inibidora. Servem de abalçamento para a quantificação da importância devida a título de danos morais, entre outros elementos, a dor física, o sofrimento e a angústia experimentadas pela vítima, afigurando-se equânime, portanto, o valor fixado pelo Magistrado *a quo*.

VI – Se, no decorrer do processo, surgem fatos novos merecedores de conhecimento do julgador, porquanto modificativos do direito do autor, pode o interessado, a qualquer tempo, juntar aos autos os respectivos documentos destinados à comprovação do alegado, conforme autorizado nos arts. 398 e 517 do CPC, mormente quando se afiguram entrelaçados diretamente com os fatos que deram azo à propositura desta demanda.

Assim, se novas despesas tiveram que ser suportadas pela Autora após a propositura da ação, no intuito de dar continuidade ao tratamento iniciado, tal fato deve ser conhecido e tomado em consideração, por se tratar de fato superveniente, nos moldes do disposto no art. 462 do CPC.

Já em abril de 2007, ao relatar o julgamento da Apelação Cível n. 2006.028217-4, também perante a Primeira Câmara de Direito Civil, o mesmo magistrado consignara:

Ao contrário do que ocorre com os serviços médicos em geral, a atuação dos cirurgiões-dentistas encerra obrigação de resultado, notadamente quando o procedimento realizado decorrer de especialidades como dentística restauradora, ortodontia, e implantodontia, e que visam, quase sempre, melhorias de ordem estética e fisiológica.

Nessa linha, deixando o tratamento dentário dessa natureza de atingir o escopo desejado e previamente definido pelo profissional da saúde com o seu paciente, responde o dentista, objetivamente, pelos danos causados à vítima (consumidor), salvo quando demonstrada, de maneira cabal, alguma causa excludente de responsabilidade civil (ocorrência de culpa exclusiva do consumidor, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior), hipóteses não verificadas no caso em exame.

A imperícia dos réus está materializada na ausência de consecução dos resultados pretendidos com a colocação dos implantes e próteses dentárias, sendo facilmente aferível a dor, tanto física quanto moral, decorrente do doloroso e extenso tratamento a que a autora foi submetida e que não alcançou o seu desiderato, obrigando-a a realizar novo procedimento.

Para finalizar, cumpre enfatizar que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que ao incauto poderia evocar abstração ou ideal, tem, ao revés, incontáveis consequências práticas de relevo. Podem-se trazer à tona, num relance, as chamadas “cláusulas de não indenizar”, também chamadas de cláusulas de irresponsabilidade, ou excludentes de responsabilidade, conhecidas do grande público pelas placas indicativas em estacionamentos de estabelecimentos comerciais, e comumente inseridas nos instrumentos contratuais modernos. A parte isenta levanta o permissivo genérico do postulado *pacta sunt servanda*, pelo qual as partes têm direito de contratar o que e da forma que lhes convier, salvo se o estipulado ferir norma de ordem pública ou os bons costumes. De fato, elas têm esse direito. O Có-

digo, com efeito, vedou a convenção na esfera das relações de consumo. Em outras palavras, caso as partes adotem a cláusula de não indenizar, será tida como não escrita, pois sua essência é a renúncia a eventual direito de ressarcimento, ao passo que vai de encontro ao art. 25, *caput*: “É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores”. Nesse diapasão repercute o art. 51, I, do mesmo diploma legal:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis.

Não obstante o rigor legislativo, as cláusulas de não indenizar são habitualmente frequentadoras dos hoje comuns contratos de prestação de serviços médicos (ainda raros na área odontológica). Kfourri Neto (2007, p. 99-100) argumenta¹⁹:

Tem-se tornado frequente, em alguns tratamentos médicos, especialmente cirúrgicos, a estipulação de cláusulas de irresponsabilidade, ou de não-indenizar. Tais cláusulas, por óbvio, nenhuma eficácia têm no âmbito do Direito Penal, visto que o *jus puniendi* do Estado é exercitado haja ou não interesse do particular. É no

19 O mesmo Kfourri Neto (2007, p. 101) traz à colação antigo julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo relator foi o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso: “Em dezembro de 1989, acórdão relatado pelo Des. Cezar Peluso considerou inoperante cláusula de não-indenizar, estipulada quando do internamento, a título gratuito, de paciente em sanatório psiquiátrico. O doente empreendeu fuga, durante a qual veio a morrer. O órgão julgador assentou que o dever de vigilância é inerente ao serviço principal oferecido, configurando-se culpa *in re ipsa*, sendo ineficaz a cláusula de irresponsabilidade. Haveria, no caso, presunção de culpa do estabelecimento ocorrendo dano ao incapaz, posto que o sanatório assume, ‘de modo axiomático, claro dever jurídico de vigilância dos pacientes que, acometidos de distúrbio psíquico ou psicossomático, careçam de vigilância alheia’. E finaliza o aresto: ‘Todo dano à pessoa que, por seu estado físico ou psíquico, necessita de vigilância ou assistência, supõe inadimplemento do dever. De modo que, morrendo paciente – que, pelas condições psicopatológicas, devia estar sob vigilância ininterrupta – enquanto tentava fugir, a culpa é suposta *in re ipsa* e da conseqüente presunção só se livra o estabelecimento no caso em que se livraria o tutor ou curador, ou seja, se prova que não houve, de sua parte [ônus invertido], culpa ou negligência”.

domínio do Direito Civil que a questão se apresenta: seria válido que médico [ou dentista] e paciente estabelecessem pacto e que este, antes de iniciado o tratamento, renunciasse a exercitar qualquer ação civil de responsabilidade? A mesma indagação surgiria – segundo Casabona – quando se pretendesse apenas limitar o alcance de possível indenização.

Aguiar Dias responde à indagação, referindo-se ao dever dos médicos de empregar todos os meios a fim de obter a cura. A responsabilidade médica nasce de erro manifesto. Daí decorre que o médico, em certo grau, já goza de uma cláusula tácita de irresponsabilidade, na proporção da margem de erro tolerada pela imperfeição da própria ciência. Portanto, onde se poderia convencená-la, ela já existe – e fora daí se verifica absoluta impossibilidade, pelo respeito devido ao ser humano. Demogue, isoladamente, sustenta a validade da cláusula no caso de manifestação formal do paciente, em operação que o médico julgue perigosa. O médico tem o dever de se recusar a praticar intervenção que sua consciência científica desaconselhe. Assim, se assentir à vontade do cliente, contrariando as regras técnicas da profissão, sempre incorrerá em responsabilidade.

Registre-se, por derradeiro, que as normas concebidas pelo Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública, conforme explicitado no art. 1º, pelo que não podem, por consequência, ser afastadas pela vontade das partes: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há muito mais que perquirir acerca da responsabilidade civil dos cirurgiões-dentistas. Mesmo o que foi exposto nestas linhas não só merece como exige, em espaço e oportunidade mais dilatados, aprofundamento e reflexão. Um exemplo disso são as consequências advindas das profundas distinções práticas oriundas da distinção tradicional entre responsabilidade

civil negocial e responsabilidade civil em sentido estrito, ambas hipoteticamente cabíveis em ampla medida nos fatos e atos aqui descritos.

O leito é um só, mas o talvez às vezes ilude: responsabilidade civil subjetiva *versus* responsabilidade civil objetiva; obrigação de meio *versus* obrigação de resultado; a culpa na prática odontológica; importância da prova pericial; a relação de consumo haurida da relação do paciente com o cirurgião-dentista; inversão do ônus da prova. A apreensão resultante dessa realidade – fora de dúvida complexa, notadamente para o médico e para o dentista, leigos em matéria jurídica – redundou no debate (e no mercado) do seguro médico, incipiente porém crescente, em função do qual profissionais de norte a sul do País têm sido assediados por corretores²⁰.

A preocupação nessa seara é antiga. O Código Civil de 1916 exibia o seguinte dispositivo: “Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da im-

20 Depois de relatar as feições do sistema de saúde norte-americano e inventariar figuras particulares do sistema brasileiro, Kfourri Neto (2007, p. 30) investe por reconhecido campo minado: “O Prof. Genival Veloso de França, com a clarividência que o notabiliza, apregoa a *socialização do risco médico* como a solução ideal para se assegurar ao paciente lesado a justa recomposição patrimonial: ‘socializar o *risco médico*, no sentido de reparar civilmente o dano, é o único instrumento viável e suscetível de assegurar tranquilidade no exercício profissional e garantir uma reparação mais imediata e menos confrontante com o médico. É também uma forma de corrigir algumas distorções da medicina dita socializada, cada vez menos amistosa, cada vez mais hostil. A socialização do risco é a que melhor atende à justiça coletiva. Não se pode esconder o fato de que a medicina é a profissão que mais absorve os impactos das novas concepções sociais. Negar essa realidade, além de egoísmo, é colocar-se distante do presente. Esta é a única forma que dá ao responsável condições de responder pelo ônus do dano causado, quase sempre distante de suas reais possibilidades. Para o paciente, o sistema de seguro também significaria livrar-se de um processo penoso e confuso, a proteção contra a deficiência técnica, contra seus riscos e contra a eventual falibilidade do profissional. No entanto, esses seguros não podem nem devem, sob qualquer pretexto, ser feitos por empresas privadas. Devem, isto sim, realizar-se por uma instituição estatal ou pela própria classe médica; como, por exemplo, sob a responsabilidade da Associação Médica Brasileira, como mutualizadora ou como concessionária exclusiva do Estado’. Ao arremate desse capítulo de sua obra, ainda inédita, aponta o Prof. Genival as desvantagens e vantagens do seguro de responsabilidade civil do médico: ‘Desvantagens: 1. interfere negativamente na relação médico-paciente; 2. estimula os processos contra os médicos; 3. eleva os custos dos serviços médicos; 4. pode facilitar o erro médico; 5. facilita a indústria das indenizações; 6. fornece uma proteção aparente para o profissional; 7. cria um cenário cativo para o médico. Vantagens: 1. melhor modalidade de liquidação do dano; 2. melhor condição de liberdade e segurança no trabalho; 3. assegura o equilíbrio social e a ordem pública; 4. melhor forma de justiça social; 5. melhor forma de previdência propriamente dita; 6. livra médico e paciente de processos penosos e demorados; 7. evita explorações, ruínas, injustiças e iniquidades; 8. independe da situação econômica do causador do dano; 9. corrige o aviltamento patrimonial da vítima; 10. contribui com o *superavit* do sistema em programas de prevenção do dano; 11. estimula a solidariedade social; 12. tem falhas mas tem maior número de benefícios e vantagens; 13. corrige o fato de o paciente ser totalmente esquecido e o médico falsamente lembrado’ ”.

prudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”. Já Beviláqua (1984 apud KFOURI, 2007, p. 78), o grande jurisconsulto da Primeira República, comentava a propósito:

O direito exige que esses profissionais exerçam a sua arte segundo os preceitos que ela estabelece, e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e fregueses, bens inestimáveis, que se lhes confiam, no pressuposto de que os zelem. E esse dever de possuir a sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso que a lei repressiva lhe pune as infrações.

Tanto ao médico como ao dentista o paciente – quase sempre leigo, quando não ignorante – fica entregue, porque lhe entrega a própria sorte. Daí, acima de tudo, o tratamento a um tempo sensível e árduo que o primeiro e, sobretudo, o segundo recebem da legislação, fato que tem semeado inquietação no meio, cujos integrantes passam a refletir sobre suas condutas e, principalmente, sobre as cautelas que um serviço de saúde dessa dimensão requer²¹.

21 São dignos de registro, por exemplo, os interessantes “10 mandamentos para uma prática médica e odontológica seguras” extraídos de “Guia prático para dentistas, médicos e profissionais da saúde”: “1. Crie e cultive uma relação de amizade e confiança com seu paciente, sendo sempre coerente e transparente em suas ações. 2. Seja organizado, mantendo todas as informações sobre seus pacientes adequadamente arquivadas e acessíveis. 3. Faça um exame clínico e uma anamnese completas e detalhadas, deixando clara a sua importância. 4. Registre todas as informações do paciente na ficha odontológica ou médica. 5. Escreva sempre de forma legível e evite rasuras. Tenha cópia de todos os documentos e exames pedidos ou fornecidos (como cópia da receita). 6. Comunique-se claramente com seu paciente, explicando-lhe detalhadamente cada procedimento, exame ou medicamento proposto e mantenha controle próximo quanto às suas expectativas sobre o resultado. Na dúvida, seja conservador ao falar sobre as chances de sucesso. Sempre que possível, complete suas colocações com materiais escritos explicativos. 7. Utilize um sistema de investigação (para o diagnóstico) e tratamentos odontológico ou médico adequado, através de uma rotina passo-a-passo, muito bem planejada. 8. Mantenha-se sempre atualizado em sua área de atuação (odontológica ou médica) e em relação à Medicina em geral. 9. Antes de executar qualquer procedimento, certifique-se pessoalmente de todos os cuidados (pessoais e materiais) foram tomados. 10. Peça sempre opinião de colegas e especialistas em caso de dúvida (principalmente em casos de diagnósticos mais complexos ou de interpretações diversas)” (ANTUNES, 2009).

6 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Fernando Celso Moraes. O cirurgião-dentista frente à responsabilidade civil. *Ortodontia em revista*, Rio de Janeiro, 4. ed. Disponível em: <<http://www.ortodontiaemrevista.com.br/artigos/artigosresponsabilidade.htm>>. Acesso em: 2 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 659.286-SP, da Terceira Turma. Relator: Desembargador Paulo Furtado (convocado), Brasília, DF, 23 de junho de 2009. *Diário da Justiça da União*, 4 ago. 2009.

_____. _____. Agravo regimental no recurso especial n. 501.640-RS, da Primeira Turma. Relatora: Ministra Denise Arruda, Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2006. *Diário da Justiça da União*, 13 mar. 2003, p. 189.

_____. _____. Agravo regimental no recurso especial n. 936.838-ES, da Primeira Turma. Relatora: Ministra Denise Arruda, Brasília, DF, 18 de junho de 2009. *Diário da Justiça da União*, 5 ago. 2009.

_____. _____. Recurso especial n. 122.505-SP, da Terceira Turma. Relator: Ministro Menezes Direito, Brasília, DF, 4 de junho de 1998. *Diário da Justiça da União*, 24 ago. 1998.

_____. _____. Recurso especial n. 880.548-RJ, da Quarta Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Jr., Brasília, DF, 15 de setembro de 2009. *Diário da Justiça da União*, 13 out. 2009.

_____. _____. Recurso especial n. 910-794-RJ, da Primeira Turma. Relatora: Ministra Denise Arruda, Brasília, DF, 21 de outubro de 2008. *Diário da Justiça da União*, 4 dez. 2008.

_____. _____. Súmula 387, da Segunda Seção. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral, Brasília, DF, 26 de agosto de 2009. *Diário da Justiça da União*, 1º set. 2009.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.7.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEITE, Paulo Roberto Saraiva da Costa. Dano moral no direito brasileiro. *Informativo jurídico da Biblioteca Min. Oscar Saraiva*, v. 9, n. 1, p. 33-39, jan./jun. 1997. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20995/dano_moral_direito_brasileiro.pdf?sequence=1>. Acesso em: 5 nov. 2009.

MÚRIAS, Pedro; PEREIRA, Maria de Lurdes. Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação. *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, 2008. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/eMeiosResultado.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2009.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 2.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 2006.028217-4, da Capital, Primeira Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Joel Figueira Jr., Florianópolis, 10 de abril de 2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, 22 jun. 2007.

_____. _____. Apelação cível n. 2007.029339-0, da Capital, Primeira Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Sérgio Heil, Florianópolis, 2 de outubro de 2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, 31 out. 2007.

_____. _____. Apelação cível n. 2007.057588-3, da Capital/Estreito, Primeira Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Joel Figueira Jr., Florianópolis, 24 de março de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 15 abr. 2009.

_____. _____. Apelação cível n. 2007.064655-3, de Criciúma, Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Fernando Carioni, Florianópolis, 4 de março de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, 16 abr. 2008.

_____. _____. Apelação cível n. 2008.004222-2, de Balneário Camboriú, Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Marcus Túlio Sartorato, Florianópolis, 11 de novembro de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 dez. 2008.

_____. _____. Apelação cível n. 2008.025741-4, de Itajaí, Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Marcus Túlio Sartorato, Florianópolis, 9 de setembro de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, 3 out. 2008.

_____. _____. Apelação cível n. 2008.064735-2, de Criciúma, Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Juiz Henry Petry Jr., Florianópolis, 16 de junho de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 17 ago. 2009.

_____. _____. Apelação cível n. 2009.015642-1, de Jaraguá do Sul, Primeira Câmara de Direito Público. Relator: Desembargador Sérgio Baasch Luz, Florianópolis, 21 de julho de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 25 ago. 2009.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. Responsabilidade civil objetiva: o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor. *Buscalegis*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/33252/public/33252-42294-1-PB.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2009.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico. *Revista Forense*, v. 349, jan./mar. 2000, p. 69-76.

_____. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.