



UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO – UFMA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, SAÚDE E TECNOLOGIA – CCSST
CURSO DE DIREITO

VINICIUS PIRES DE BARROS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO DENTISTA: ANÁLISE DA
OBRIGAÇÃO DE MEIO OU RESULTADO**

IMPERATRIZ

2022

VINICIUS PIRES DE BARROS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO DENTISTA: ANÁLISE DA
OBRIGAÇÃO DE MEIO OU RESULTADO**

Projeto de Pesquisa apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão – UFMA como requisito de elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso – TCC.

Orientador: Prof. Gabriel Araújo Leite

IMPERATRIZ

2022

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Diretoria Integrada de Bibliotecas/UFMA

Pires de Barros, Vinícius.
Responsabilidade civil do cirurgião-dentista : Análise da obrigação de meio ou resultado / Vinícius Pires de Barros. - 2022.
47 f.

Orientador(a): Gabriel Araújo Leite.
Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, Imperatriz, 2022.

1. Cirurgião-dentista. 2. Obrigações. 3. Responsabilidade civil. I. Araújo Leite, Gabriel. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

VINICIUS PIRES DE BARROS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO DENTISTA: ANÁLISE DA
RESPONSABILIDADE DE MEIO OU RESULTADO**

Projeto de Pesquisa apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão – UFMA como requisito de elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso – TCC.

Orientador: Prof. Gabriel Araújo Leite

Aprovado em: _____ / _____ / _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Gabriel Araújo Leite

Prof. Felipe Freitas Zenkner

Prof. Deyse Jasmin Assunção Folgado

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha esposa Karina Mafioletti e meu filho Gabriel Mafioletti que me dão força para seguir em frente e me motivam nos meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela oportunidade de fazer uma nova graduação, oportunidade que poucos têm nesse Brasil, Santa Tereza D'Avila que sempre me guia e nunca me abandona quando peço seu auxílio nos meus trabalhos acadêmicos e ao Coord. Prof. Gabriel Araújo Leite que sempre atendeu seus alunos com presteza e dedicação, e minha família que sempre me apoia nos meus estudos.

“Cada um é responsável por todos. Cada um é o único responsável. Cada um é o único responsável por todos.”

Antoine de Saint-Exupéry

RESUMO

Numa sociedade moderna, as pessoas diariamente têm necessidade de firmarem relações interpessoais. Especificamente, na área da saúde, pode-se analisar a área da Odontologia, em que milhares de prestações de serviços ocorrem diariamente no Brasil, relacionando o cirurgião-dentista como fornecedor de serviços odontológicos e o paciente como consumidor direto de terapias preventivas e restauradoras da saúde bucal. Este trabalho tem como objetivo geral analisar a responsabilidade civil do cirurgião dentista e suas obrigações de meio ou resultado. Diante do levantamento da literatura científica que aborda a responsabilidade civil do cirurgião-dentista, especificamente as obrigações de meio e resultado, não existe consenso entre os doutrinadores se a obrigação do cirurgião dentista é de meio ou resultado. Em casos de obrigação de meio, cabe o profissional provar que agiu com toda perícia e diligência necessária para a resolução do caso clínico do paciente, mesmo que não ocorra o sucesso do tratamento. Mesmo que a obrigação seja citada como de resultado, ainda assim pode-se verificar que a responsabilidade do profissional é subjetiva devendo ser analisada de forma criteriosa se o dano decorreu por negligência, imprudência ou imperícia do odontólogo. Para uma avaliação precisa é necessária a figura do perito técnico para uma avaliação precisa dos magistrados.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Obrigações, cirurgião-dentista

ABSTRACT

In a modern society, people daily have the need to establish interpersonal relationships. Specifically, in the field of health, one can analyze Dentistry, where thousands of services are provided daily in Brazil, relating the dentist as a provider of dental services and the patient as a direct consumer of preventive and restorative therapies for oral health. This work aims to analyze the civil liability of the dentist and their obligations of means or results. Based on the scientific literature that addresses the civil liability of the dentist, specifically the obligations of means and results, there is no consensus among scholars as to whether the dentist's obligation is one of means or results. In cases of means obligation, the professional must prove that they acted with all the necessary expertise and diligence to resolve the patient's clinical case, even if the treatment is not successful. Even if the obligation is cited as a result, it can still be seen that the professional's responsibility is subjective and should be analyzed carefully if the damage resulted from negligence, recklessness, or incompetence of the dentist. For an accurate assessment, the figure of the technical expert is necessary for a precise evaluation by the judges.

Keywords: Civil liability, Obligations, dental surgeon

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| Introdução | 9 |
| 1. Responsabilidade civil no Brasil | 11 |
| 1.1 Conceito | 11 |
| 1.2 Breve histórico da Responsabilidade Civil | 12 |
| 1.3 Relevância no Direito Civil | 17 |
| 1.4 A responsabilidade civil e as normas jurídicas da Constituição Federal e Código Civil | 19 |
| 1.5 Responsabilidade Civil Extracontratual | 19 |
| 1.6 Responsabilidade Civil Subjetiva | 21 |
| 1.7 Responsabilidade Civil Objetiva | 22 |
| 1.8 Requisitos necessários para configuração da responsabilidade civil | 24 |
| 1.8.1 Ato | 24 |
| 1.8.2 Dano | 25 |
| 1.8.2.1 Dano material | 26 |
| 1.8.2.2 Dano moral | 26 |
| 1.8.2.3 Dano estético | 27 |
| 1.8.3 Nexo de causalidade | 28 |
| 2. A responsabilidade civil do cirurgião dentista | 29 |
| 2.1 O código de Ética Odontológico..... | 33 |
| 2.2 Análise das obrigações de meio ou resultado do cirurgião dentista | 34 |
| 2.3 A relação do cirurgião dentista e paciente sob o olhar do código de defesa do consumidor | 39 |
| 2.4 Necessidade da figura do perito técnico para auxílio do entendimento das obrigações .. | 41 |
| Considerações finais | 42 |
| Referências | 44 |

Introdução

O livre-arbítrio é uma característica fundamental do ser humano. Este pode tomar decisões e expressar atitudes de acordo com suas pretensões, visando um resultado desejado. Mas o livre-arbítrio não pode ser aplicado de forma espontânea, pois pode terminar interferindo, por ações ou omissões, na vida de outros indivíduos. Em uma sociedade moderna, as pessoas têm diariamente a necessidade de firmar relações interpessoais. Essas relações são experimentadas em todos os ambientes imagináveis, desde atividades laborais, convivências familiares até momentos de lazer.

Especificamente na área da saúde, pode-se analisar a área da Odontologia, na qual milhares de prestações de serviços ocorrem diariamente no Brasil, relacionando o cirurgião-dentista como fornecedor de serviços odontológicos e o paciente como consumidor direto de terapias preventivas e restauradoras da saúde bucal.

Observa-se, nessas relações de consumo, a ocorrência de situações indesejadas durante essas prestações de serviços odontológicos, situações estas que, em alguns casos, geram danos ao paciente. Este não poderá ficar desamparado sem uma resposta concreta do fato ocorrido, surgindo, portanto, a responsabilidade civil do cirurgião-dentista para com seu cliente.

É sabido que as Ciências da Saúde não possuem, em diversos casos, resultados exatos e precisos como nas Ciências Exatas, pois trabalha-se com diagnósticos, prognósticos e estimativas de sucesso no tratamento. Sendo assim, busca-se avaliar se o profissional aplicou todo o seu conhecimento e zelo para os cuidados de seu paciente, a fim de atingir o melhor resultado.

O presente trabalho tem como objetivo elucidar pontos fundamentais da responsabilidade civil do cirurgião-dentista quanto à sua obrigação de meio ou de resultado, de acordo com o Código Civil Brasileiro. Para que se entenda a fundo a responsabilidade civil do cirurgião-dentista, no primeiro capítulo, será exposta uma contextualização da norma jurídica do Código Civil, dos tipos de responsabilidade e dos requisitos necessários para sua caracterização.

No capítulo dois, serão abordados pontos específicos de caracterização da responsabilidade civil aplicada ao cirurgião-dentista. Alguns artigos da área odontológica serão utilizados para dar maior clareza e diferenciação das áreas de

atuação odontológicas, facilitando o entendimento da obrigação de meio ou de resultado nos casos concretos. Também será abordada a importância do perito técnico no auxílio de fornecimento de informações específicas para a averiguação judicial.

1. A responsabilidade civil no Brasil

1.1 Conceito

A palavra responsabilidade tem sua origem na raiz latina *spondeo*, pela qual se vinculava o devedor, nos contratos verbais do direito romano. Dentre as várias acepções existentes, algumas fundadas na doutrina do livre-arbítrio, outras em motivações psicológicas (GONÇALVES,2022).

No Direito Civil, mesmo que alguns juristas tratem obrigação e responsabilidade como sinônimos, o entendimento das diferenças entre esses institutos tem suma importância, exprimindo situações diversas.

A relação jurídica obrigacional nasce da vontade das pessoas ou da lei e deve ser cumprida no meio social, espontaneamente. Quando a obrigação não se cumpre pela forma espontânea é que surge a responsabilidade (AZEVEDO,2019).

A responsabilidade civil é uma instituição, que assegura direitos, e um estuário para onde ocorrem os insatisfeitos, os injustiçados e os que se danam e se prejudicam por comportamentos dos outros. É o resultado daquilo que não se comportou ou não ocorreu *secundum ius*. Considerando que a obrigação constitui sempre um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo ou consequente (STOCO,2015).

Basicamente a responsabilidade advém de um descumprimento obrigacional. Tal fato ocorre quando uma pessoa deixa de cumprir normas contratuais ou viola um sistema normativo preestabelecido que regulava sua ação ou omissão. A partir do momento que esses requisitos são violados, o indivíduo tem o dever de reparar o dano provocado ao terceiro.

Nas palavras da professora Maria Helena Diniz a responsabilidade civil é:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal (vários autores). Definição esta que guarda em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva) (DINIZ,2007 p.34).

Complementando este pensamento o Prof. Flávio Tartuce diz que:

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Neste sentido, fala-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual, também denominada responsabilidade civil aquiliana, diante da *Lex Aquilia de Damno*, do final do século III a.C. e que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual.” (TARTUCE, 2019 p.449).

Pode-se concluir que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019)

Na conceituação do Prof. Caio Mário da Silva Pereira apresenta uma visão mais humanista, citando uma espécie de responsabilidade moral:

Em minhas *Instituições de direito civil*, observo que, enquanto a obrigação de reparar o mal permanece meramente abstrata ou teórica, não interessa senão à moral. Mas, quando se tem em vista a efetiva reparação do dano, toma-a o direito a seu cuidado, e constrói a teoria da responsabilidade civil. Não é, portanto, a responsabilidade civil divorciada da responsabilidade moral, dentro da teoria subjetiva. Desprendida uma da outra é que o óbice cresce para encarar a matéria de modo mais geral. Em termos assim genéricos, o conceito não assume nenhum compromisso com as duas correntes que disputam as preferências: a teoria subjetiva da culpa e a teoria objetiva da responsabilidade sem culpa. Uma noção abrangente não deve permanecer limitada. No desenvolvimento da matéria atinente à responsabilidade civil, não há motivo para que um conceito exclua qualquer delas. A rigor elas se completam e terão (ao menos durante algum tempo) de conviver uma ao lado da outra, visando ao mesmo objetivo que é a reparação do dano.” (PEREIRA, 2018, p.27)

1.2 Breve histórico

O entendimento da evolução histórica da responsabilidade civil tem grande importância para a compreensão dos institutos relacionados com as indenizações. A forma do descumprimento de obrigação, seja através de uma violação de norma

jurídica ou de uma obrigação contratual, provocam em muitas situações a necessidade de reparação do dano causado ao terceiro.

A responsabilização da pessoa, a norma jurídica e as vias de reparação dos danos sofrem mudanças de acordo com a evolução de uma sociedade moderna. A figura do Estado assumiu o papel de mediador, buscando o equilíbrio entre dano e reparação do devedor.

No princípio da humanidade, o dano se sobressaía e acarretava reação imediata, violenta e por instintos do ser humano, não existiam regras formais nem limitações, o direito não imperava. A vingança privada, primitiva e selvagem constituía a forma de reparação do dano. Basicamente era a reparação do mal pelo mal (GONÇALVES,2019).

Dentro desse contexto histórico, Paulo Nader complementa:

O sentimento de justiça acompanha o ser humano desde os tempos primitivos; também o de revolta ante a prática de hostilidades, de condutas que desrespeitam a incolumidade física, moral ou patrimonial. Em tempos imemoriais, as reações às várias formas de agressões ou danos eram imprevisíveis. Não havia critérios a serem observados. O revide se achava consagrado nos costumes e se fazia de acordo com a ira e na medida das forças da vítima ou de pessoa a ela ligada. Era a vingança pessoal ou *faida*, cujo princípio foi adotado amplamente pelos visigodos, que o levaram a Portugal. A justiça praticada era inteiramente privada (NADER,2016, p.81).

Se a reação não pudesse acontecer desde logo, sobrevinha a vindita imediata, posteriormente regulamentada, e que resultou na pena de Talião, do “olho por olho, dente por dente (GONÇALVES,2019).

Assim o Prof. Flávio Tartuce pode acrescentar com seu pensamento:

...quando a responsabilidade sem culpa constituía a regra, sendo o causador do dano punido de acordo com a *pena de Talião*, prevista na Lei das XII Tábuas (*olho por olho, dente por dente*). A experiência romana demonstrou que a responsabilidade sem culpa poderia trazer situações injustas, surgindo a necessidade de comprovação desta como uma questão social evolutiva (TARTUCE,2019, p.449).

Surge o período da composição no qual o prejudicado passa a perceber as vantagens e conveniências da substituição da vindita, que gera a vindita, pela

compensação econômica a vingança é substituída pela composição a critério da vítima (GONÇALVES,2019).

Quanto às formas de composição o Prof. Paulo Nader explana:

Da fórmula simétrica, evoluiu-se para a fase da composição, mais humana e racional. Inicialmente, houve a composição voluntária, quando os lesados estipulavam o resgate (*poena*), que se fazia mediante o pagamento in natura ou por certa importância em dinheiro, dando as partes por encerrado o litígio. Com o *pactum*, cujo vocábulo se associava à paz e não à convenção, cessavam as hostilidades. Durante a composição, empregavam-se as expressões *pacere*, *pascisi*, *depecis* (fazer um *pactum*) à fórmula unilateral da composição voluntária, seguiu-se a da composição tarifada, objetiva e independente da vontade das partes. Não cabia à vítima definir a prestação a ser dada pelo ofensor, pois, para cada tipo de infração, a lei fixava a forma de reparação, a tarifa. A transformação revela a participação mais direta da sociedade na solução dos conflitos (NADER,2016. p.83)

A composição econômica passa a ser obrigatória citada pelo Prof. Carlos Alberto Gonçalves.

Num estágio mais avançado, quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. É quando, então, o ofensor paga um tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes do trabalho⁸. É a época do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas (GONÇALVES,2022 P.33)

De acordo com Gonçalves (2022, p.34), A diferenciação entre a “pena” e a “reparação”, somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima.

Assim denominado no Direito romano o *Lex Aquilia* conhecido como responsabilidade aquiliana ou delitual na área da responsabilidade civil, apresenta o termo responsabilização ao invés de obrigação de reparar danos.

Prof. Paulo Nader demonstra a importância da *Lex Aquilia* na evolução histórica da responsabilidade civil.

Embora se possa ver na Lei das XII Tábuas o embrião da responsabilidade civil, foi com a *Lex Aquilia*, entretanto, que se formou o esboço dos princípios orientadores da responsabilidade extracontratual (extra negocial), também designada *aquilliana*. O terceiro capítulo da *Lex Aquilia*, dedicado ao *damnum injuria datum* (i.e., “dano causado ilicitamente”), tinha por objeto a lesão em escravos, animais e coisas corpóreas, cabendo a ação aos cidadãos romanos. Graças à fecunda interpretação dos pretores e jurisconsultos, a *Lex* passou a ter aplicação mais ampla, alcançando os danos provocados aos peregrinos, enquanto o alvo da proteção não ficou restrito ao titular da coisa deteriorada, mas ao de outros direitos reais. Em outra fase, provavelmente à época do Imperador Justiniano, a proteção se estendeu ao *damnum non corpore datum*, ou seja, às lesões praticadas sem o contato direto do ofensor sobre as coisas corpóreas, bem como ao *damnum injuria datum*, que abrangia todo dano ao direito. Na *Lex Aquilia*, para a caracterização do *damnum injuria datum*, fundamentado em textos clássicos, era necessária a conjugação de três requisitos: a) a *injuria*, ou seja, a conduta do agente deveria ser contrária à ordem jurídica. Assim, caso o dano resultasse de um ato de legítima defesa ou estado de necessidade, aquela figura jurídica não estaria presente; b) a *culpa*, que poderia se revelar pela voluntariedade da conduta (*delito*) ou simplesmente por imprudência ou negligência (*quase delito*); c) o *damnum*, isto é, a ocorrência de prejuízo causado diretamente pelo agente (NADER,2016, p.83)

O direito francês teve sua contribuição estabelecendo um princípio geral da responsabilidade civil, sem a enumeração dos casos de composição obrigatória. Foram incorporados princípios que exerceram influência nos povos. Pode-se citar o direito à reparação sempre que houvesse culpa, o que dividiu a responsabilidade civil da responsabilidade penal, a existência de culpa contratual, e que não se liga nem ao crime nem ao delito, provinda de negligência e imprudência. A culpa *in abstracto* e a diferenciação entre culpa delitual e contratual foram acrescidas no Código de Napoleão, fundamentando-se que a responsabilidade civil vem da culpa (GONÇALVES,2022)

A responsabilidade aquiliana, entre nós, era regida por disposição semelhante à do art. 1.832 do *Code Napoléon*, localizada no art. 68 da Lei de 3 de dezembro de 1841 e arts. 21 e 22 do Código Criminal de 1830. Os danos causados à pessoa ou bens de outrem, mediante dolo ou culpa, leve que fosse, obrigavam o ofensor a conceder à vítima a plena reparação (NADER, 2016.p88).

O Código Criminal de 1830, da Constituição do Império, transformou-se em um código civil e criminal prevendo a reparação natural, quando possível, ou a indenização; a integridade da reparação, até onde possível; a previsão dos juros reparatórios; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros. (GONÇALVES,2022, p36).

O art. 15 do CC/1916 também representou uma das primeiras tentativas em consagrar a nova vertente doutrinária, trazendo a responsabilidade civil do Estado pelos atos comissivos de seus agentes. É importante anotar que, em complemento a tal dispositivo civil, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6.º, também prevê responsabilidade civil objetiva do Estado (TARTUCE, 2019.p 451).

A teoria objetiva ganha importância como menciona o Prof. Carlos Roberto Gonçalves:

O surto de progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas. Nos últimos tempos ganhou terreno a chamada teoria do risco, que, sem substituir a teoria da culpa, cobre muitas hipóteses em que o apelo às concepções tradicionais se revela insuficiente para a proteção da vítima. A responsabilidade é encarada sob o aspecto objetivo: o operário, vítima de acidente do trabalho, tem sempre direito à indenização, haja ou não culpa do patrão ou do acidentado. O patrão indeniza, não porque tenha culpa, mas porque é o dono da maquinaria ou dos instrumentos de trabalho que provocaram o infortúnio (GONÇALVES,2022, p.37).

Em 1965, no projeto do Código de Obrigações, o jurista Caio Mario da Silva Pereira valeu-se da vigência do Código Beviláqua para fazer adaptações de melhorias, consagrou a teoria subjetiva e o dever de reparação à culpa do agente (art.854), considerou a responsabilidade independente de culpa nos casos expressos em lei (art. 855), reconheceu o *abuso do direito* como modalidade de ato ilícito (art.857) e previu no art.856 o dano moral, afirmando que mesmo que o dano fosse simplesmente moral deveria ser ressarcido (NADER,2016).

O Código Civil de 2002 mantém o princípio da responsabilidade com base na culpa (art. 927), definindo o ato ilícito no art. 186 (GONÇALVES,2022 p.39).

O art.186 diz que:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL,2002).

Sob a análise do código civil de 2002, Prof. Carlos Roberto Gonçalves acrescenta que:

No art. 927, depois de estabelecer, no caput, que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo”, dispõe, refletindo a moderna tendência, no parágrafo único, *verbis*: “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”. Adota, assim, solução mais avançada e mais rigorosa que a do direito italiano, também acolhendo a teoria do exercício de atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa nos casos especificados em lei, a par da responsabilidade subjetiva como regra geral, não prevendo, porém, a possibilidade de o agente, mediante a inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas aptas evitar o dano.

No regime anterior, as atividades perigosas eram somente aquelas assim definidas em lei especial. As que não o fossem, enquadravam-se na norma geral do Código Civil, que consagrava a responsabilidade subjetiva. O referido parágrafo único do art. 927 do novo diploma, além de não revogar as leis especiais existentes, e de ressaltar as que vierem a ser promulgadas, permite que a jurisprudência considere determinadas atividades já existentes, ou que vierem a existir, como perigosas ou de risco. Essa é, sem dúvida, a principal inovação do Código Civil de 2002, no campo da responsabilidade civil (GONÇALVES,2022, p.40).

1.3 Relevância atual no Direito Civil

A tendência é que não se deixe sem ressarcimento a vítima de atos ilícitos, desta forma os tribunais estão carregados de ações de indenização das mais variadas espécies. O tema é de enorme importância tanto para o acadêmico quanto para o profissional do direito, porque busca o equilíbrio moral e patrimonial desfeito por meio de ato ilícito, buscando através da norma o restabelecimento do bem em questão ou algo que equipare a perda da vítima.

Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa, o autor firma a importância desse estudo para sociedade:

Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada

vez menos restem danos irressarcidos. É claro que esse é um desiderato ideal que a complexidade da vida contemporânea coloca sempre em xeque. Os danos que devem ser reparados são aqueles de índole jurídica, embora possam ter conteúdo também de cunho moral, religioso, social, ético etc., somente merecendo a reparação do dano as transgressões dentro dos princípios obrigacionais (VENOSA,2018, p.368).

Quem pratica um ato, ou incorre numa omissão de que resulte dano, deve suportar as consequências do seu procedimento, Vê- portanto, que responsabilidade é um fenômeno social. O dano, ou prejuízo, que acarreta a responsabilidade não é apenas o material. O direito não deve deixar sem proteção as vítimas de ofensas morais (GONÇALVES,2022, p33).

Prof. Caio Mario Pereira da Silva frisa a importância humana e social, além do caráter punitivo e pedagógico da responsabilidade

Como sentimento humano, além de social, a mesma ordem jurídica repugna que o agente reste incólume em face do prejuízo individual. O lesado não se contenta com a punição social do ofensor. Nasce daí a ideia de reparação, como estrutura de princípios de favorecimento à vítima e de instrumentos montados para ressarcir o mal sofrido. Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que não é estranha a ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar (PEREIRA,2018, p.30)

1.4 A responsabilidade civil e as normas jurídicas da Constituição Federal e Código Civil

Desde a constitucionalização do direito civil, uma grande reviravolta ocorreu no âmbito do direito civil. Nos dias atuais poucos autores negam a eficácia do texto constitucional ou não reconhecem seu impacto na regulação das relações privadas, afastando-se assim a ideia de uma Constituição cristalizada endereçada somente ao legislador (MORAES,2006, p.233).

Atualmente percebe-se um novo caminho, denominado Direito Civil Constitucional, dentre esse sistema as análises dos institutos privados são realizadas não só sobre o Código Civil, mas da Constituição Federal de 1988 seguindo seus princípios constitucionais. (TARTUCE,2019, p456).

Para seguir essa linha de pensamento o mesmo autor menciona Ricardo Lorenzetti, que faz uma comparação da Constituição Federal e outros ordenamentos jurídicos ao Sistema Solar.

O sistema de Direito Privado é semelhante a um sistema solar, diante do notório *Big Bang* Legislativo que vivenciamos (explosão de leis). Nesse sistema, o Sol é a Constituição Federal de 1988; o planeta principal, o Código Civil; e os satélites, os microssistemas ou estatutos, como no caso do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei de Locação, da Lei do Bem de Família, etc... Essa simbologia demonstra muito bem a concepção do Direito Civil Constitucional e da constitucionalização do Direito Civil, pois no centro do ordenamento está a Constituição, e não o Código Civil. Assim sendo, Direito Constitucional e Direito Civil são interpretados dentro de um todo e não isoladamente. Todavia, essa interpretação não quer dizer que haja uma fusão de conceitos. A norma constitucional é uma regra geral voltada para a atuação do Estado em face da sociedade. E tendo na sociedade uma regra específica para a atuação entre particulares, nada é mais justo do que exigir que a interpretação dessas normas específicas seja feita em harmonia com a regra geral (TARTUCE,2019, p457).

A necessidade de individuar os princípios jurídicos para direcionar cada interpretação-aplicação do direito, de referi-los para enfrentar tendências de longo prazo, e de adotá-los para o preenchimento das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, os quais funcionam assim como instrumentos de incidência dos princípios e valores constitucionais nas relações intersubjetivas (MORAES,2006, p.238).

1.5 Responsabilidade Civil Extracontratual

Todos devemos respeitar o direito alheio, obedecer às normas que regem nossa conduta. Qualquer inobservância de um preceito legal, por exemplo, acarreta responsabilidade ao transgressor. Aqui, a responsabilidade não se situa no âmbito contratual, daí chamar-se, como referido, responsabilidade extracontratual (AZEVEDO,2019, p.331).

A responsabilidade civil extracontratual ou extra negocial é, como vimos, fonte de obrigações. Reside no ato ilícito seu centro gravitador. O Código de 1916 conceituou o ato ilícito no art. 159. O Código de 2002 manteve a culpa em sua conceituação feita no art. 186 (VENOSA,2018, p.708)

O artigo 186 do código civil cita que:

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. (BRASIL,2022).

O Direito brasileiro protege as pessoas que sofrem dano, impondo ao autor do fato que deu causa ao prejuízo, a qual faz surgir o dever da reparação ou dever de indenizar.

Caso o dano não tenha vindo de um contrato, pode-se dizer que a responsabilidade civil é extracontratual ou também conhecida como responsabilidade aquiliana (DONIZETTI E QUINTELLA, 2017, p.399)

Tendo em vista que a *Lex Aquilia de damno* (do século III a.C.) cuidou de estabelecer, no Direito romano, as bases jurídicas dessa espécie de responsabilidade civil, criando uma forma pecuniária de indenização do dano, assentada no estabelecimento de seu valor.

Para a configuração da responsabilidade civil necessário se faz a ligação do artigo 186 do novo Código Civil em que trata do Ato Ilícito com o artigo 927 que trata da Obrigação de Indenizar do mesmo diploma, onde extraímos que é necessário a presença de 4 elementos para sua configuração sendo eles: ação ou omissão, dano patrimonial ou moral, negligência e imprudência que nada mais são do que a culpa e nexos causal (BARROS,2015. p.2).

Seguindo essa linha de pensamento o autor Caio Mario segue esse conceito:

Pacífico é o direito e unânime a doutrina ao enunciar, em termos gerais, o princípio da responsabilidade, proclamando, sem contradita e sem rebuscos, que a vítima de uma ofensa a seus direitos e interesses receberá *reparação* por parte do ofensor. Uma pesquisa histórica, por todos os sistemas jurídicos, naquilo que eu denomino *comparação vertical* (ver o que designo como “comparação vertical ou histórica” e “comparação horizontal ou direito comparado” em trabalho por mim publicado sob o título *Direito comparado e seu estudo*), revela a presença do princípio em todas as civilizações anteriores. Em outro sentido, que eu designo como *comparação horizontal*, ou direito comparado, confirma que todos os sistemas jurídicos na atualidade não deixam de enunciar este propósito, que se integra na civilização jurídica. Não importa, pois, a filiação histórica ou a concepção ideológica. Não tem maior significação tratar-se de “direito escrito”, centrado na elaboração legislativa, ou de “direito não escrito”, elaborado na diuturnidade da construção jurisprudencial, como ocorre nos sistemas de *Common Law*. Não importa se se trata de direito

constitutivo da organização capitalista, ou se daqueles de inspiração socialista. Em todos, mais minuciosamente ou mais casuisticamente, o *princípio da responsabilidade civil* encontra larga ressonância como fonte obrigacional, respondendo pela reparação o causador de um dano à pessoa ou aos bens de outrem (PEREIRA,2018, p.36)

1.6 Responsabilidade Civil subjetiva

A regra abarcada pelo Direito Brasileiro foi no sentido de que a vítima comprove a culpa ou dolo do agente para que gere o dever de indenizar, já que o ordenamento jurídico abrangeu o instituto da Teoria da Culpa. (TARTUCE, 2017, p. 395).

A responsabilidade civil subjetiva é baseada na *teoria da culpa*. Dessa forma, para que o agente indenize, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia). (TARTUCE, 2019, p.927).

Para que haja o estabelecimento da responsabilidade civil subjetiva, o agente não será compelido ou censurado a realizar o ressarcimento a outrem sem que haja comprovação que o mesmo agiu sem as devidas cautelas dentro do fato concreto. (RENUZZA, 2019, p.45).

De acordo com o artigo 186 do Código Civil, esclarece que a culpa é um fundamento da responsabilidade civil subjetiva:

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. O Código Civil de 2002, em seu art. 186 (art. 159 do Código Civil de 1916), manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva. A palavra culpa está sendo aqui empregada em sentido amplo, *lato sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 17).

O atual CC, em seu art. 951 generalizou essa atuação ao exercício de atividade profissional, nos casos dos arts. 948, 949 e 950, a todos os profissionais

liberais que causem a morte, lesão ou defeito por negligência, imprudência ou imperícia (culpa). A responsabilidade existirá se a atuação “causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho” (VARGAS,2019,p.453).

Portanto na hipótese em que se verificar a responsabilidade civil subjetiva, a vítima tem a necessidade de comprovar os danos sofridos, causados pelo agente, sob pena de não haver a caracterização do instituto. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 59).

1.7 Responsabilidade civil objetiva

Especialmente quando se trata da responsabilidade objetiva, trata-se, aqui, de manifesta exceção abarcada pelo ordenamento jurídico pátrio, considerando o albergamento da Teoria do Risco. Nesse particular, explana-se que responsabilidade objetiva dispensa a demonstração de dolo ou culpa. (TARTUCE,2019, p. 396)

A responsabilidade sem culpa baseia-se na Teoria do Risco no artigo 927 § único do novo Código Civil que cita que: “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” (BRASIL,2022).

A responsabilidade, fundada no risco, consiste, portanto, na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta do seu causador (BARROS,2015, p.4)

Cada vez mais a necessidade do exame da culpa torna-se desnecessário: a responsabilidade com culpa ou subjetiva ocupa atualmente local secundário, pois existem inúmeras situações legais de responsabilidade objetiva ou sem culpa. O caso da culpa mostra-se, portanto, evidente. O passado demonstrou a dificuldade de provar culpa por parte das vítimas, exigindo-se, em muitos casos, uma verdadeira *prova diabólica* (VENOSA,2018, p.708).

Pode-se notar que em algumas situações no ordenamento jurídico que não é necessário a comprovação da culpa, deste modo o dano deve ser reparado sem que se prove se houve culpa ou dano do agente.

Desta forma o autor Carlos Alberto Gonçalves explana que:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou —objetivall, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. (GONÇALVES, 2014, p. 54)

Desta forma a culpa ou dolo do agente termina por se tornar irrelevante sobre o olhar jurídico, sendo necessário portanto que a vítima consiga demonstrar nos autos apenas o nexo de causalidade, que correlacionará a conduta do agente e o dano causado ao terceiro. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 60).

Portanto, mais precisamente quando se trata da responsabilidade objetiva, é passível de ser observado que o dever de indenizar se sobressai pouco importando que a pessoa tenha agido com culpa ou dolo, levando-se e consideração a ingerência da Teoria do Risco dentro da situação fática. Sob esse enfoque, caberá à vítima apenas alavancar o dano e o nexo de causalidade para que seja reconhecida a indenização (RENUZZA, 2019, p.18).

O autor Miguel Reale busca um comparativo entre ambas as responsabilidades e demonstra como se transformou no atual Código Civil, conforme suas palavras:

Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental". "Pois bem, quando a *estrutura* ou *natureza* de um negócio jurídico – como o de transporte, ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos – implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa. Ao reconhecê-lo, todavia, leva-se em conta a participação culposa da vítima, a natureza gratuita ou não de sua participação no evento, bem como o fato de terem sido tomadas as necessárias cautelas, fundadas em critérios de ordem técnica. Eis aí como o problema é posto, com a devida cautela, o que quer dizer, com a preocupação de considerar a totalidade dos fatores operantes, numa visão integral e orgânica, num balanceamento prudente de motivos e valores (REALE, 1978, p152).

1.8 Requisitos necessários para configuração da responsabilidade civil

Através da verificação do artigo 186 do Código Civil de 2002, tem-se como *pressupostos gerais* da responsabilidade civil três elementos: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano e o nexos causal. Apesar da culpa *lato sensu* estar presente nesse dispositivo legal, esses autores a consideram como *elemento accidental* da responsabilidade civil, uma vez que não é necessária sua determinação na responsabilidade objetiva. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO,2019. p.125).

1.8.1 Ato

Para que se dê o primeiro passo na configuração da responsabilidade civil, verificar se o sujeito a quem se está imputando a responsabilidade, praticou um ato, O qual pode se consubstanciar em um ato comissivo - uma ação ou em um ato omissivo - uma omissão.

Para complementar, assim sendo, a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente. Pela presença do elemento volitivo, trata-se de um fato jurígeno (TARTUCE,2019, p.927).

Percebe-se que a regra é a ação ou conduta positiva; já para a configuração da omissão, é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato (omissão genérica), bem como a prova de que a conduta não foi praticada caracterizando assim uma omissão específica (TARTUCE,2019, p.927).

Se o ato praticado importar em violação de dever, estaremos diante de um ato contrário a direito, E a hipótese será de responsabilidade delitual. Logo, será necessário analisar se o sujeito agiu culposamente (DONIZETTI E QUINTALELLA,2017,p.406).

No art. 186 do Código Civil, inscreve-se o *dano* como circunstância elementar da responsabilidade civil. Fica estabelecido que a conduta antijurídica, imputável a uma pessoa, tem como consequência a obrigação de sujeitar o ofensor a reparar o mal causado. Existe uma obrigação de reparar o dano, imposta a quem quer que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar prejuízo a outrem (PEREIRA, 2018,p.402).

Em sentido amplo, culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar. Não podemos afastar a noção de culpa do conceito de dever.

O mestre Silvio de Salvo Venosa complementa este conceito de culpa com suas palavras:

Ao analisarmos, em Direito civil: parte geral, fatos, atos e negócios jurídicos, referimos que os atos ilícitos são os que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento. O ato voluntário é, portanto, o primeiro pressuposto da responsabilidade civil. Esse conceito prende-se ao de imputabilidade, porque a voluntariedade desaparece ou torna-se ineficaz quando o agente é juridicamente irresponsável. Como já apontamos, modernamente a imputabilidade cede importância ao ressarcimento, pois o Código Contemporâneo já permite uma responsabilidade mitigada dos incapazes (art. 928). O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia ou sucessão de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgrida um dever. Como já analisamos, ontologicamente o ilícito civil não difere do ilícito penal; a principal diferença reside na tipificação estrita deste último (VENOSA,2018, p.708)

1.8.2 Dano

Se o requisito configurador da responsabilidade civil ato for estabelecido, deve -se examinar sequencialmente a existência de dano, existindo uma classificação de três tipos: dano material, moral e estético (DONIZETTI E QUINTALELLA,2017, p.406).

Sendo assim, partindo do princípio contido no art. 186 do Código Civil, inscreve-se o dano como circunstância elementar da responsabilidade civil. Por esse preceito fica estabelecido que a conduta antijurídica, imputável a uma pessoa, tem como consequência a obrigação de sujeitar o ofensor a reparar o mal causado (PEREIRA,2018, p402).

A consagração constitucional dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, associada ao acelerado desenvolvimento tecnológico, deslocou a ênfase da conduta do agente para o dano ressarcível, assistindo-se ao surgimento de formidável tipologia de novos danos, na esteira do

incremento de riscos e do potencial danoso trazido pelas novas invenções (PEREIRA,2018, p402).

Silvio de Salvo Venosa define dano com o seguinte conceito:

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia. Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto, aplicação do princípio pelo qual a ninguém é dado prejudicar outrem (*neminem laedere*). Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista o vulto que tomou a responsabilidade civil. (VENOSA,2018, p.708)

1.8.2.1 Dano material

Quando se fala em dano material, em primeiro lugar, deve haver “a agressão a um bem tutelado, de natureza material, pertencente a um sujeito de direito. Além disso, o dano deve ser certo ou efetivo, na medida em que deve ser comprovável sua existência, ele não pode ser hipotético ou abstrato (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO,2012, p.90)

Dano patrimonial é aquele que se refere ao patrimônio da vítima, vem ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável (BARROS,2015, p.16).

O dano patrimonial abrange o dano emergente que é o que o lesado efetivamente perdeu e o lucro cessante que é o aumento que o patrimônio da vítima teria, mas deixou de ter em razão do dano (BARROS,2015,p.16).

Em outras palavras, dano emergente é o prejuízo efetivamente experimentado pela vítima, que importa uma redução patrimonial. Os lucros cessantes, por sua vez, são os ganhos que a vítima deixou de auferir que impedem o aumento do seu patrimônio (DONIZETTI;QUINTELLA,2017,p.410).

1.8.2.2 Dano moral

Dano moral é o que atinge a pessoa da vítima em sua esfera íntima, e também, o que decorre de lesão a direito da personalidade, podendo estender seus reflexos na esfera subjetiva da intimidade, relacionada com o plano psíquico, emocional, ou se limitar a esfera objetiva da intimidade, relacionada com o plano social, exteriorizada nos elementos do nome, da reputação e da imagem (DONIZETTI;QUINTELLA,2017,p.410).

Podemos acrescentar que, dano moral ou extrapatrimonial é o prejuízo causado a algum direito personalíssimo. A lesão não pode ser comercialmente traduzida em dinheiro, como nos direitos da personalidade, danos físicos, psíquicos e ofensa à honra. A indenização por danos morais não visa à reparação, mas proporcionar à vítima uma compensação e para se desestimular condutas desta natureza (NADER,2016, p.122).

Concretizando esse pensamento sobre dano moral:

Os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana. Assim, à luz da Constituição vigente podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito dano moral é violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 52, V e X, a plena reparação do dano moral. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 88/89)

1.8.2.3 Dano estético

O dano estético se refere a lesão à beleza física, ou seja, à harmonia das formas externas de alguém. Sendo qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um 'enfeamento' e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem portanto a uma dor moral (LOPEZ,1999, p.37).

Numa contextualização prática, a partir do momento em que subsiste a ingerência de alguma deformidade física, que proporciona repugnância quando

observado por terceiros. Constituem-se, assim, como um desgosto suportado pela vítima. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 113).

Complementando esse pensamento, os danos estéticos têm associação direta à imagem que a pessoa irá repassar para os demais membros da sociedade. Portanto, entende-se por dano estético aquele que viola a imagem retrato do indivíduo. Está, portanto, intrinsecamente vinculado a imagem externa da pessoa. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 132).

Dois artigos previstos no Código Civil trazem amparo legal a vítima:

Art. 949. *No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.*

Art. 950. *Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.*

Parágrafo único. *O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.*

É possível dupla indenização por dano moral e dano estético de acordo com a Súmula 387 do STJ. que diz:

“É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral” (BRASIL,2009).

1.8.3 Nexo de causalidade

Nexo de causalidade ou causal é o liame que se estabelece entre o fato danoso e o dano. Sem essa relação causal não há responsabilidade civil. O fato, que pode resultar de uma atuação ilícita ou de uma situação definida em lei, é, pois, imprescindível como causa geradora da indenização. Essa questão do nexos, como visto, é de fato (*quaestio facti*) e não de direito (*quaestio iuris*) (AZEVEDO,2019, p.453).

Como importância do nexos causal pode citar que, a responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexos causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexos causal que leva o ato danoso ao

responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito (VENOSA,2018, p.708).

O caso fortuito e a força maior são excludentes do nexos causal, porque o cerceiam, ou o interrompem. Na verdade, no caso fortuito e na força maior inexistem relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso (VENOSA,2018, p.708).

O autor Caio Mario Pereira esclarece de forma didática o nexos de causalidade:

É necessário se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado ou, na feliz expressão de Demogue, “é preciso esteja certo de que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria”. O nexos causal se torna assim “indispensável”, acrescenta Leonardo A. Colombo, para que a culpa aquiliana possa gerar consequências para seu autor. Não basta, esclarece Savatier, que um dano tenha coincidido com a existência de uma culpa ou de um risco para estabelecer uma responsabilidade. “Coincidência não implica em causalidade”. Para que se concretize a responsabilidade é indispensável se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano “porque” o agente procedeu contra direito. Na relação causal pode estar presente o fator volitivo ou pode não estar. Isto é irrelevante. O que importa é determinar que o dano foi causado pela culpa do sujeito. Este é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado (PEREIRA,2019, p.402).

2. A responsabilidade civil do cirurgião dentista

É indiscutível a evolução científico-tecnológica em todas as áreas do conhecimento, não sendo diferente com a Odontologia, que passou de profissão meramente empírica a profissão de grande domínio científico. A ciência possibilita melhoras em técnicas e procedimentos odontológicos, que buscam um único fim de entregar bem-estar e saúde ao paciente que por muitas vezes busca o atendimento odontológico em casos urgentes.

As técnicas médicas têm auxiliado no aumento da expectativa de vida e da segurança dos procedimentos. O médico, para usá-la devidamente, necessita de

possuir novos conhecimentos, atualizando-se no interesse de seus pacientes (PEREIRA,2018, p.402).

É de grande importância dizer que o campo da odontologia consiste em um conjunto de ciências que tem como finalidade a proteção dos dentes de maneira integral e pode-se complementar que a atuação odontológica tem reflexos diretos na saúde sistêmica do paciente (CAMPOS, 2014, p.26).

Se, por um lado, habilita o profissional para desenvolver a sua arte, e melhor aplicá-la, impõe-lhe também deveres inexistentes na medicina tradicional. A utilização de aparelhagem especial abre novos aspectos à responsabilidade civil, aliando à “responsabilidade contratual na medicina de clientela” uma outra responsabilidade, a do fato das coisas (instrumentos utilizados) e a do fato de outrem, na medida em que um terceiro coopera com o médico assistente (PEREIRA,2018, p.402).

Nos dias atuais, a responsabilidade civil do profissional de Odontologia ganhou nova dimensão com o advento da Constituição de 1988, do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil que criaram condições legais amplas para o cidadão discutir a atuação do profissional liberal acerca do procedimento adotado (BARROS,2015, p.1).

Atualmente os dentistas têm visto um grande aumento de processos por erros durante a prática profissional pleiteando indenizações exorbitantes por dano material, moral e estéticos sofridos.

O autor Caio Mario da Silva Pereira avalia os critérios de responsabilidade civil médica que é equivalente à responsabilidade civil do cirurgião dentista:

O Código Civil de 1916, destacando certas profissões, não excluía a responsabilidade de outras. Apenas levava em consideração, como observava Beviláqua, a responsabilidade das pessoas que indicava, considerando as falhas cometidas como casos especiais de culpa. Ao mencionar os médicos, cirurgiões, dentistas, farmacêuticos e parteiras, estabelecia que respondem uns e outro pelos danos que venha alguém a sofrer por imperícia, imprudência ou negligência deles. O sistema atual seguiu tal orientação. Não é possível descer a minúcias para estabelecer em que consiste o ato culposo no diagnosticar, no prescrever, no tratar o cliente. Se age com culpa, e daí resulta um prejuízo para a pessoa sujeita a seus cuidados, responde por perdas e danos. As hipóteses lembradas pelos autores, na maioria hauridas na jurisprudência, são meramente exemplificativas, cabendo ao juiz, em cada caso, ponderar as

circunstâncias, para só então qualificar a espécie. Não é fácil a sua determinação genérica. Nas questões judiciais, não sendo o magistrado um técnico, a experiência revela que deve ser recebida com cautela a opinião do perito em que se louva, pois que este, sem embargo de seu elevado conceito, tende a isentar o colega, pelo ato incriminado, sob a inspiração do *esprit de corps* ou solidariedade profissional, como observam Mazeaud e Mazeaud. *Responsabilité civile*. I, n. 510. Lacerda Panasco, a propósito, alude ao que denomina “Conspiração do Silêncio”. Salvo naqueles casos em que a conduta constitui prática delitual, o juiz deverá atender a todas as particularidades da espécie a ser decidida. Mesmo em face de um laudo pericial, o juiz não está associado às conclusões da perícia, podendo, sem embargo das constatações do relatório, proclamar a culpa contrariamente às conclusões do laudo, como, aliás, é expresso em nosso Código de Processo Civil de 1973, uma vez que o juiz não é adstrito ao laudo, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

A relação estabelecida entre o cirurgião-dentista e seu paciente é de natureza contratual. Alguns autores falam em um *contrato sui generis*, pois além da prestação do serviço realizada pelo profissional existe a necessidade de colaboração do cliente para que ocorra o adimplemento da obrigação (VARGAS,2019, p.27).

Por ser contratual, poderia se falar, em tese, em inadimplemento da obrigação caso o odontólogo não empregue os meios necessários para solução de um caso e tenha insucesso, ou ainda, em algumas situações em que não alcance determinado resultado (VARGAS,2019, p.27).

Caso venha a ocorrer dano durante o tratamento odontológico, o paciente tem o direito de ser reparado pelos danos sofridos, visto que a maioria dos procedimentos realizados pelos dentistas é sujeita à análise subjetiva, podendo então que esses profissionais sejam responsabilizados civilmente pelos seus atos (PAPALEO NETO,2016, p.62).

No entanto, uma vez identificado o dano, também deverá ser verificado se o profissional agiu com culpa, um dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, como a do cirurgião dentista. Vale destacar que apesar de contratual o fato do profissional não alcançar o resultado pretendido, nesse caso, não necessariamente significará que haverá presunção de culpa (VARGAS,2019, p.27).

Com base na culpa pode-se especificar algumas peculiaridades no exercício da Odontologia.

Como exemplo para Odontologia, referindo-se à imprudência pode-se citar casos que o dentista não toma os devidos cuidados e age com excesso de confiança.

Portanto, é imprudente, por se achar muito competente, marca muitos pacientes para o mesmo dia, tendo pouco tempo para fazer intervenções, agindo sem os devidos cuidados e ocasionando resultados adversos (FERNANDES; COSTA FILHO,2010, p.3).

A imperícia caracteriza-se quando o agente apresenta falta de habilidade técnica ou aptidão necessária para o exercício de determinada arte ou profissão. O profissional se revela deficiente de conhecimentos técnicos da profissão e despreparado em relação à prática, expondo, assim, o paciente a riscos. O CD necessita de aptidão teórica e prática para o exercício de sua profissão (FERNANDES; COSTA FILHO,2010, p.3).

A negligência pode ser entendida como a ausência de precaução ou a indiferença em relação ao ato realizado. Nesse caso, tem-se a omissão da conduta que o profissional deveria adotar, mas não adota. A negligência é retratada por uma conduta omissa. O infrator deixa de realizar um ato que a prudência impõe e, por seu descuido, ocorre o resultado danoso (HINORAKA,2007, p.22).

Deve-se, portanto, sempre frisar a necessidade do desenvolvimento de uma consciência de responsabilidade profissional, adotando atitudes éticas e morais, atualizações científicas periódicas e bom relacionamento com seus clientes. A necessidade de possuir documentos do paciente faz parte da preocupação que se deve ter em relação aos processos judiciais e éticos (GARBIN, 2009, p.3).

Com relação ao ordenamento jurídico atual Silvio de Salvo Venosa explica que:

O Código de 2002 dispõe a respeito dessa modalidade de responsabilidade no art. 951: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”. O art. 948 trata do homicídio, o art. 949, de lesão ou ofensa à saúde, e o art. 950 trata de defeito na pessoa que a impeça de exercer seu ofício ou profissão, ou diminua sua capacidade de trabalho (VENOSA 2018, p. 708)

2.1 O código de ética odontológico

Os códigos de ética, em regra, não dizem respeito à ética propriamente, mas sim regulamentam comportamentos dos profissionais. Um código de ética pode ser visto como um conjunto normativo, fruto da coletividade e que tem seu estabelecimento embasado na persuasão e na coerção sobre determinada categoria, trazendo previsões que visam regular a conduta do profissional em relação a seu cliente e a seus colegas (LOPES JÚNIOR, 2009, p.268).

O código reúne, em um só texto, disposições relativas a uma ordem de interesse. A partir destas afirmações, denota-se ser código um conjunto de normas jurídicas que quando muito irão embasar-se em princípios éticos, sem ter, contudo, o poder de normatizar a ética. Porém, insiste em utilizar a expressão 'deveres éticos', ao afirmar que os profissionais de saúde estão sujeitos aos mesmos, além de obrigações jurídicas e científicas (LOPES JÚNIOR, 2009, p.268).

O Código de Ética Odontológica (CEO) vigente no Brasil, aprovado pela Resolução do Conselho Federal de Odontologia 118/20127 e em vigor desde janeiro de 2013, é uma construção da categoria profissional odontológica que se fundamenta no relatório final da 4ª Conferência Nacional de Ética Odontológica. (GARBIN, 2018, p.80).

O papel do Conselho Federal e dos conselhos regionais segundo a lei de criação dos mesmos (Lei 4.324 de 14 de abril de 1964) é fiscalizar a prática odontológica e zelar pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exercem legalmente. (SANTOS, 2014, p.25).

Com a supervalorização da prática clínica durante a graduação, o futuro dentista se esquece de que a formação envolve múltiplos saberes das áreas básicas, pré-clínicas, de orientação profissional e outros, e que estes devem ser dosados, articulados para propiciar uma atuação completa, com atenção, resolutividade e respeito com o próximo (SILVA, 2010, p.55).

A Odontologia utiliza-se de códigos, prescrições e respostas determinadas, lançando mão muitas vezes de mecanismos punitivos àqueles profissionais que não se adequam às regras, direcionando, portanto, ao legalismo (SANTOS, 2014, p.25).

Desta forma pode-se perceber a preocupação em orientar e guiar a conduta do cirurgião dentista através de um código de ética abrangente, que direciona o

profissional a aplicação da arte odontológica com zelo e assertividade clínica, sem esquecer que o paciente é uma figura humana e deve ser tratado com presteza e respeito pelo profissional.

O código de ética odontológica aprovado pela Resolução CFO-118/2012 traz em sua essência direitos fundamentais ordenados em seu Art. 5º:

I- diagnosticar, planejar e executar tratamentos, com liberdade de convicção, nos limites de suas atribuições, observados o estado atual da Ciência e sua dignidade profissional;

II - guardar sigilo a respeito das informações adquiridas no desempenho de suas funções;

III - contratar serviços de outros profissionais da Odontologia, por escrito, de acordo com os preceitos deste Código e demais legislações em vigor;

IV - recusar-se a exercer a profissão em âmbito público ou privado onde as condições de trabalho não sejam dignas, seguras e salubres;

V - renunciar ao atendimento do paciente, durante o tratamento, quando da constatação de fatos que, a critério do profissional, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional. Nestes casos tem o profissional o dever de comunicar previamente, por escrito, ao paciente ou seu responsável legal, fornecendo ao cirurgião-dentista que lhe suceder todas as informações necessárias para a continuidade do tratamento;

VI - recusar qualquer disposição estatutária, regimental, de instituição pública ou privada, que limite a escolha dos meios a serem postos em prática para o estabelecimento do diagnóstico e para a execução do tratamento, bem como recusar-se a executar atividades que não sejam de sua competência legal; e,

VII - decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente ou periciado, evitando que o acúmulo de encargos, consultas, perícias ou outras avaliações venham prejudicar o exercício pleno da Odontologia.

2.2 Análise das obrigações de meio ou resultado do cirurgião dentista

As ações de indenização por culpa médica são entranhadas por questões complexas de direito material e processual de difícil superação e solução. O desafio do Direito nessa espécie de demanda é operacionalizar um juízo valorativo que tem como substrato de atuação a conduta profissional do médico no caso concreto (MELISSO,2014, p.249).

A questão é tormentosa, porque envolve necessariamente uma análise apurada do comportamento profissional do médico e os efeitos daí decorrentes à luz

da ciência médica, bem como o fator reacional de cada paciente diante do tratamento ministrado (MELISSO,2014, p.249).

Deve-se esclarecer que obrigação de meio, pode ser caracterizada partir do momento em que o profissional não se responsabiliza, desde logo, pela obtenção do resultado, mas, para isso, deve empregar toda a diligência necessária em busca do mesmo. (GONÇALVES, 2022, p.192).

Em contrapartida, a obrigação de resultado, compele o profissional a executar a ação de maneira obrigatória e, em razão disso, o credor pode exigir do devedor o resultado no caso concreto. Sendo assim, não basta o mero emprego da diligência na situação concreta, vez que, aqui, é essencial que subsista o alcance do resultado, sob pena de subsistir a configuração do inadimplemento contratual. (DINIZ, 2007, p. 194).

A autora Shirley Fernandes contextualiza e classifica, dentro da Odontologia a responsabilidade civil quanto às obrigações:

A responsabilidade civil quanto à obrigação jurídica que reveste a atividade odontológica, pode ser classificada como obrigação de meio ou de resultado. A primeira é aquela onde o profissional deve, durante a execução de seu trabalho, desempenhar o melhor possível de sua técnica em prol de seu cliente, porém o resultado independe de sua vontade. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo cirurgião-dentista, mas tão somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício de seu paciente², 16. Já a obrigação de resultado é aquela em que o paciente tem o direito de exigir do profissional a produção de um resultado, sem o qual se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Sendo a obrigação de resultado, basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não obtenção do resultado prometido, independente das suas razões, cabendo ao cirurgião-dentista provar o caso fortuito ou a força maior, quando se exonerará da responsabilidade (FERNANDES,

Nesse ponto se encontra outra diferença entre as obrigações de meio e as de resultado. Enquanto que nas obrigações de meio o credor tem que comprovar a culpa do devedor, nas de resultado a culpa do devedor é presumida, sendo que para alguns autores no caso das obrigações de resultado a responsabilidade seria objetiva (VARGAS,2019. p.28).

Concretizando o raciocínio quanto à obrigação de resultado, Carlos Roberto Gonçalves complementa que:

Quando a obrigação é de resultado, o devedor dela se exonera somente quando o fim prometido é alcançado. Não o sendo considerado inadimplente, devendo responder pelos prejuízos decorrentes do insucesso. Diante disso, tem-se que o devedor apenas restará desobrigado a partir do momento em que atingir a obrigação assumida. (GONÇALVES, 2011, p. 192)

Diante das obrigações específicas deve-se ter uma análise minuciosa e cuidadosa de cada especialidade odontológica, pois a Odontologia tem um amplo espectro de procedimentos e variações técnicas.

Tratando das especialidades odontológicas, segundo a resolução nº 63/2005 do Conselho Federal de Odontologia (CFO) são as especialidades que se enquadram na obrigação de resultado são: Dentística Restauradora, Odontologia em Saúde Coletiva, Odontologia Legal, Patologia Bucal, Prótese Dentária, Implantodontia e Radiologia (FERNANDES; COSTA FILHO, 2010, p.4)

As consideradas de meio são: Cirurgia e Traumatologia Bucomaxilofacial, Endodontia, Odontopediatria, Periodontia, Ortodontia, Prótese Bucomaxilofacial, Estomatologia, Disfunção Temporomandibular, e Dor Orofacial, Odontologia do Trabalho, Odontologia para Pacientes com Necessidade Especiais, Odontogeriatrics, e Ortopedia Funcional dos Maxilares (FERNANDES; COSTA FILHO, 2010, p.4)

A importância desses conceitos aparece também na determinação de quem deve provar em juízo. Na obrigação de meio, o reclamante é quem deve provar onde se concentrou o erro do profissional. Na obrigação de resultado, o cirurgião-dentista é quem tem de provar que não errou (FERNANDES; COSTA FILHO, 2010, p.4)

Não existe um consenso doutrinário entre autores e magistrados quanto às visões que categorizam uma diferenciação plena das obrigações de meio e resultado aplicadas na Odontologia, sendo necessária uma análise particular de cada caso concreto.

Desta forma, diversos autores têm pensamentos doutrinários muitas vezes contrários como pode-se notar na literatura.

Quanto à responsabilidade civil dos cirurgiões-dentistas, cumpre aqui esclarecer, desde logo, que a obrigação que alude a atuação não se mostra pacificada, já que subsistem casos em que se institui de como obrigação de resultado e, em outros, como obrigação de meio. (GONÇALVES, 2022, p. 336)

A responsabilidade do dentista, contudo, ao lado de ser eminentemente contratual, traduz mais acentuadamente uma obrigação de resultado, mormente nos tratamentos de rotina como obturações e profilaxias. No entanto, a responsabilidade do dentista geralmente é contratual. Sempre que o profissional assegurar o resultado e este não for atingido, responderá objetivamente pelos danos causados ao paciente. No entanto, nem sempre a obrigação do odontólogo será de resultado (VENOSA,2018. p.708)

Além do mais, da mesma maneira ocorre com os médicos, a responsabilidade que incide sobre os dentistas diz respeito a uma obrigação de resultado, sendo que os tratamentos dentários se manifestam de maneira mais regular e, dotados de maior especificidade, os problemas demonstram menor complexidade. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 429)

Segundo Tartuce 2019, tem razão a corrente que afirma assumir os dentistas uma obrigação de meio, como premissa geral, sendo a obrigação de resultado exceção.

Para Caio Mario da Silva Pereira,2019, a responsabilidade do médico constitui-se em obrigação de meio, sendo a obrigação de resultado apenas a cirurgia estética, desde que não corretiva para tratamento de uma deformação e complementa que o que se refere aos médicos e cirurgiões, mormente tendo em vista a tendência de se considerar a odontologia como um ramo especializado da medicina, e se confiar ao dentista o tratamento das afecções bucais.

Quando o profissional promete algo a seu paciente, assume ele uma obrigação do resultado. Todavia, sabe-se que a obrigação de resultado não é adequada para todas as situações, pois ela depende de condições específicas para se evidenciar. Assim sendo, levando-se em consideração as particularidades de cada

situação concreta, torna-se evidente que nem sempre o resultado será atingido pelo profissional, embora este tenha se valido de toda a diligência. (ZAITTER, 2009, p. 69).

A obrigação de resultado se torna mais evidente quando se trata de colocação de jaqueta, pivô e implantes, em que existe uma preocupação estética de parte do cliente (GONÇALVES, 2022, p. 354)

Complementando sobre as obrigações, A doutrinadora Maria Helena Diniz apresenta como exemplos de obrigações de resultado os casos relacionados ortodontia e à prótese, como a confecção de “pivô”. Aponta a autora que “na cirurgia da gengiva, no tratamento de canal, na obturação de uma cárie, situada atrás do dente, terá uma obrigação de meio, a de aplicar toda sua perícia, todo seu zelo, no trato do cliente (DINIZ,2007).

Pode-se ter como exemplo a extração de um dente, que precisa do emprego de uma técnica mais específica, é possível o atingimento do resultado querido pelo paciente, mas algumas intercorrências poderão ocorrer durante e após o procedimento. Todavia, chama atenção para o fato de que no âmbito da atuação dos cirurgiões-dentistas subsistem procedimentos mais complexos e, portanto, não há como assegurar a satisfação do resultado pretendido (RENUZZA,2019,p.30).

Desta maneira, tem-se uma visão de que cada caso concreto deve ser analisado de maneira individualizada e específica, levando em consideração o diagnóstico do paciente, a complexidade do caso, alterações sistêmicas do paciente e sua colaboração para a execução e longevidade do tratamento.

Concluindo esse raciocínio pode-se citar as falas de Júlio Cezar Ribeiro Calado:

Assim como advogamos que na classificação entre consumidor e não consumidor, ademais de todos os estudos dos princípios e características disponíveis para tanto, sempre será necessário, se quer alcançar a justiça, o estudo do caso concreto livre de conceituação preestabelecida, também defendemos que cada especialidade e o caso concreto devem ser objeto de análise pois a jurisprudência e a doutrina já se inclinaram várias vezes para posições pouco honrosas na história do direito. (CALADO; CALADO, 2014, p. 96).

Ainda complementa o autor Carlos Alberto Gonçalves:

São válidos para os dentistas os comentários a respeito da responsabilidade dos médicos e dos profissionais liberais em geral em face do Código de Defesa do Consumidor. De acordo com a jurisprudência: “Indenização – Prestação de serviço – Tratamento odontológico– Obrigação de resultado – Imperícia. Caracterizado o serviço dentário realizado como obrigação de resultado, ainda mais quando se evidencia problema estético, e comprovada a imperícia pelo Conselho Regional de Odontologia e pela perícia judicial, resta plenamente evidenciada a responsabilidade do cirurgião-dentista, quebrando a relação de confiança para o refazimento do trabalho, a possibilitar que o novo tratamento seja feito por outro profissional, este escolhido pelo autor, sem, contudo, agravar a situação do réu (GONÇALVES, 2022, p. 354).

Desta forma pode-se concluir que o dever de indenizar existirá na avaliação precisa e específica da situação concreta, levando em consideração os elementos fundamentais de culpa, dano e nexo de causalidade, não devendo existir uma jurisprudência e doutrina engessadas que avaliam tipos de procedimentos, podendo inclusive o paciente causar influências diretas ou indiretas nos resultados dos procedimentos através de maus hábitos ou simplesmente por condições sistêmicas do seu organismo.

2.3 A relação do cirurgião dentista e paciente sob o olhar do código de defesa do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), ao seu turno, fundiu as espécies de responsabilidade civil, com conceitos próprios. Assim, cuida da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, declarando, quanto ao defeito do produto, que fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem por ele “independentemente da existência de culpa” (art. 12); do mesmo modo responde o fornecedor de serviços pelos defeitos relativamente à sua prestação (art. 14). Somente a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais deverá ser apurada mediante verificação de culpa (art. 14, § 4º) (AZEVEDO, 2019, p.453).

Corroborando com esse pensamento, se pensarmos no enquadramento da responsabilidade em Odontologia, essa apresentar-se-á como subjetiva, conforme o Código de Defesa do Consumidor (1990) que legisla, em seu artigo 14:

“O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, para reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição ou riscos. §4º. A responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”.(BRASIL,2002)

Com o advento do CDC, o CD tornou-se fornecedor ou prestador de serviços odontológicos, podendo ser demandado judicialmente para reparar danos causados a seus pacientes. Estabeleceu-se então uma relação de consumo, na qual a Odontologia seria o serviço prestado, e o paciente, o consumidor (PAPALEO NETO,2016, p.63).

Isso acirrou os debates sobre a questão, bem como elevou o número de casos levados ao Poder Judiciário, no sentido de ressarcimento de danos por erro profissional. O Código de Defesa do Consumidor define serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração”, estando a atuação do cirurgião-dentista sujeita a tal regulamentação (SILVA,2009, p.65)

O vigente diploma assume as modalidades de indenização por responsabilidade médica, na forma como a jurisprudência já adotara há décadas. A responsabilidade do cirurgião dentista é subjetiva, dependente de culpa, e assim foi mantida pelo CDC. O mesmo não ocorre com hospitais, clínicas e assemelhados que se colocam na posição de fornecedores de serviços, sob a teoria do risco (VENOSA,2018, p.702).

Quando se trata de responsabilidade de pessoas jurídicas ligadas à área médica, embora falar-se de responsabilidade objetiva em obrigações de meio, como é o grande caudal da atividade médica, essa posição se torna de grande complexidade e nem sempre aplicável (VENOSA,2018, p.708).

Não se pode afastar a grande importância do Código de Defesa do Consumidor para o tema da responsabilidade civil e para o próprio Direito Privado, como um todo. Basta lembrar que a maioria das relações jurídicas, atualmente, constitui relações de consumo, inclusive de profissionais liberais como os cirurgiões-dentistas. (TARTUCE,2019, p.927).

2.4 Necessidade da figura do perito técnico para auxílio do entendimento das obrigações

Os processos de responsabilidade civil contra Cirurgiões-Dentistas são julgados em primeira instância por um juiz monocrático e, caso haja recurso, o processo é julgado pelo Tribunal de Justiça de cada Estado composto por três juízes. As decisões dos tribunais similares sobre a mesma matéria são definidas como jurisprudência (ZANIN,2015, p121).

A perícia é um meio de prova técnica ou científica que pode ser solicitada por uma das partes do processo, por ambas, ou pelo próprio juiz. Ela visa a obtenção de conhecimento relevante para afirmação de um fato, a partir de um procedimento técnico realizado sobre pessoa ou coisa, cuja conclusão é expressa num laudo que tem por finalidade influir no convencimento do juiz (MANZANO,2011, p.55).

Por sua vez, na grande maioria dos casos exige a necessidade de um assistente técnico, que atua como auxiliar da parte, tendo por obrigação concordar, criticar ou solicitar complementações ao laudo do perito oficial, por meio de seu parecer, cabendo ao juiz, pelo princípio do livre convencimento, analisar seus argumentos (SILVA,2009, p.65).

É importante lembrar que o juiz poderá solicitar a perícia mesmo sem o pedido das partes litigantes. Além do perito nomeado pelo juiz, as partes litigantes, se assim o desejarem, poderão nomear seus assistentes técnicos, que acompanharão a realização da perícia e apresentarão seus respectivos laudos técnicos, acrescentando-os ao processo (SILVA,2009, p.68).

O convencimento do juiz se dá por meio das provas apresentadas no processo e deve ser pautado por critérios lógicos e racionais. As provas que podem ser utilizadas são as seguintes: prontuário odontológico do réu no processo; prontuário do Cirurgião-Dentista que atendeu o paciente posteriormente; prova testemunhal; fotos ou outros documentos que forem pertinentes; e todas as demais provas admitidas no Direito (ZANIN,2015, p121).

A figura do assistente técnico pericial desempenha uma função significativa em processos de responsabilidade profissional, pelo fornecimento de informações técnicas, biológicas e legais, devendo-se optar, preferencialmente, por profissionais da área de Odontologia Legal, haja vista que a atuação desse profissional não se

limita ao conhecimento técnico da área processada, mas a todo o trâmite do mesmo (SILVA,2009, p.68).

Observa-se, em alguns acórdãos, que a prova pericial é considerada imprescindível para a verificação da conduta culposa do Cirurgião-Dentista e que por ser o perito, órgão oficial sem envolvimento com as partes, a prova pericial possui maior relevância. Mas esta prova não possui caráter absoluto, devendo ser analisada em cotejo com as demais provas levadas aos autos (ZANIN,2015, p123).

Considerações finais

Pode-se afirmar que a relação cirurgião-dentista -paciente tem natureza contratual mesmo que ele não formalize o acordo de forma escrita, assume uma relação bilateral de compromissos com o paciente.

Para obter êxito total no tratamento odontológico é necessário um diagnóstico preciso, que de forma acertada caracterize a doença ou problema do paciente, diante desse diagnóstico é traçado um plano de tratamento que deve ser consentido pelo paciente. Todo tratamento odontológico envolve riscos e limitações tanto por parte do profissional quanto por parte do paciente.

O profissional pode se deparar com casos de resolução simples ou complexas, demandando conhecimento, experiência e maquinário específico para conclusão resolutive do tratamento proposto.

Deve-se lembrar que cada ser humano tem características biológicas próprias e diferentes doenças e problemas odontológicos podem se revelar de forma diferente em cada um. Essa questão, leva a reflexão de que os procedimentos não podem ser massificados para uma população e diferentes abordagens terapêuticas podem ser encontradas para a resolução de um mesmo problema odontológico.

Além disso existem dezenas de especialidades odontológicas que abordam diferentes doenças assim como na Medicina.

Diante do levantamento da literatura científica que aborda a responsabilidade civil do cirurgião-dentista, especificamente as obrigações de meio e resultado, não existe consenso entre os doutrinadores se a obrigação do cirurgião dentista é de meio ou resultado.

Sendo a relação do cirurgião dentista – paciente uma relação de consumo, posicionada dentro do CDC, a sua responsabilidade deve ser atribuída a comprovação de culpa conforme o disposto no art.14, § 4º.

Em casos de obrigação de meio, cabe o profissional provar que agiu com toda perícia e diligência necessária para a resolução do caso clínico do paciente, mesmo que não ocorra o sucesso do tratamento.

Mesmo que a obrigação seja citada como de resultado, ainda assim pode-se verificar que a responsabilidade do profissional é subjetiva devendo ser analisada de forma criteriosa se o dano decorreu por negligência, imprudência ou imperícia do odontólogo.

Se o profissional incorrer em responsabilidade de resultado existe culpa presumida e este deverá provar que não teve culpa e que o insucesso provém de alguma situação que não é de seu domínio.

A figura do perito nas decisões judiciais tem papel de grande relevância, pois é uma figura imparcial no litígio e tem grande importância pela necessidade fornecimento de informações técnicas, biológicas e legais, devendo-se optar preferencialmente, por profissionais da área de Odontologia.

Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil, 13. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARROS. Juliana Brito Mendes. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc3.pdf?d=636680468024086265>, São Paulo, 2016.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em 05 de junho de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 387. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp>,

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 05 de junho de 2022.

BRASIL. Conselho Federal de Odontologia. Resolução CFO nº 118, de 11 de maio de 2012. Revoga o Código de Ética Odontológica aprovado pela Resolução CFO 42/2003 e aprova outro em substituição. Diário Oficial da União. Brasília, 14 junho 2012; Seção 1, nº 114. p. 118. https://website.cfo.org.br/wp-content/uploads/2012/07/codigo_etica_Atual.pdf. Acesso em 20 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 05 de junho de 2022.

CALADO, Júlio Cezar Ribeiro; CALADO, Lais Roberta Cruz Melo. *Como Exercer a Odontologia com Segurança Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2014.

CAMPOS, Cibele Santos, Ética odontológica contemporânea – uma análise das contribuições do novo código deontológico da profissão. *Brazilian Journal of Surgery and Clinical Research*, vol. 8, n. 2, p. 24-30, set-nov. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena, Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. Saraiva, São Paulo, 21. ed., v. 7, p. 34.2007,

DONIZETTI, Elpidio; QUINTELLA, Felipe. Curso didático de direito civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FERNANDES, Shirley Elizabeth Cabral Gualberto; COSTA FILHO, Paulo Enio Garcia da. Responsabilidade Civil do Cirurgião-Dentista. *Revista Odontológica do Planalto Central*, v. 1, n. 1, p. 2-9, 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GARBIN, Cléa Adas Saliba. A responsabilidade profissional do cirurgião-dentista segundo a opinião de advogados. *Revista de Odontologia da UNESP*, v. 38, n. 2, p. 129-134, 2009.

GARBIN, Cléa Adas Saliba; AMARAL, Marcelo Augusto; ÍSPER, Artênio José; SALIBA, Tânia Adas. Análise lexical do Código de Ética Odontológica. *Revista de Odontologia da UNESP*, v. 47, n. 2, p. 79-84, mar./abr. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro 4: Responsabilidade Civil – v. 4. – 17. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 31, n. 1, 2007.

LOPES JÚNIOR, César; SILVA, Ricardo Henrique Alves da; SALES-PERES, Arsenio. Comparação entre Códigos de Ética da Odontologia ibero-americanos, ibéricos e o brasileiro. *Revista de Odontologia da UNESP, Araraquara*, v. 38, n. 5, p. 267-72, set./out. 2009.

LOPEZ, T. A. O dano estético: responsabilidade civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MANZANO, L. F. Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro. Atlas, São Paulo, 2011.

MELISSO, A. C. M. R. Responsabilidade civil médica. Distribuição do ônus da prova e a teoria da carga probatória dinâmica. *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, v. 51, n. 203, p. 173-196, jul./set. 2014.

MORAES, M. C. B. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro*, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil. /– 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAPALEO NETO, Roberto; Lima, Laíse Nascimento Correia; Santana, Ivone Lima. A responsabilidade civil do cirurgião-dentista, São Luis, Universidade Federal do Maranhão, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REALE, Miguel. Diretrizes gerais sobre o Projeto de Código Civil. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2020.

RENUZZA, Leonidas Diógenes Szulc. A responsabilidade civil do cirurgião-dentista. Monografia. Universidade Tuiuti do Paraná, 2019.

SILVA, Ricardo Henrique Alves da. Orientação profissional para o cirurgião-dentista: ética e legislação. São Paulo: Santos, 2010. Acesso em: 08 dez. 2022.

SILVA, Ricardo Henrique Alves da; MUSSE, Jamilly de Oliveira; MELANI, Rodolfo Francisco H.; OLIVEIRA, Rogério Nogueira. Responsabilidade civil do cirurgião-dentista: a importância do assistente técnico. Dental Press Ortodon Ortop Facial, Maringá, v. 14, n. 6, p. 65-71, nov./dez. 2009.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. A responsabilidade civil objetiva genérica fundada na atividade de risco: (teoria geral e hipóteses práticas). 2009. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

VARGAS, Jeferson Dutra de. A responsabilidade civil do cirurgião-dentista: análise doutrinária e jurisprudencial. Porto Alegre, 2019.

ZANIN Aquino, Alice; STRAPASSON, Raíssa Ananda Paim; MELANI, Rodolfo Francisco Haltenhoff. Levantamento jurisprudencial: provas em processo de responsabilidade civil odontológica. Revista da Associação Paulista de Cirurgiões Dentistas, São Paulo, v. 69, n. 2, p. 120-127, 2015.

ZAITTER, Wellington. A atividade profissional do cirurgião-dentista, sua conduta e as consequências éticas: Responsabilidade Civil e Ética do Cirurgião-Dentista. Curitiba: Juruá, 2009.