

Responsabilidade civil do cirurgião dentista*

Civil liability of the dental surgeon

*Yohana Rafaela Reticena***

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo discorrer sobre a responsabilização civil dos cirurgiões dentistas no ordenamento jurídico brasileiro, objetivando identificar tratar-se de uma obrigação de meio ou de resultado, além de averiguar seus pressupostos e particularidades. Para tanto, contextualiza-se a responsabilidade civil dos profissionais da saúde e aborda-se a distinção entre obrigação de meio e resultado. Logo após, discorre-se sobre o erro no âmbito dos profissionais de saúde e a problemática do ônus da prova na responsabilização civil do cirurgião dentista. Metodologicamente a pesquisa classifica-se como qualitativa, descritiva e bibliográfica. Constata-se que apesar da divergência na doutrina, atualmente prevalece o entendimento de que a obrigação do cirurgião dentista é de resultado, o que decorre até mesmo da forma como os profissionais da área vem atuando, com ampla divulgação de resultados nos mais diversos meios, que acaba incutindo no paciente a expectativa de que terá satisfatório resultado. Contudo, ainda que não se reconheça a natureza da obrigação de resultado, que leva a presunção da culpa do cirurgião dentista, por se tratar de relação de consumo pode, na análise do caso concreto, imputar ao profissional o ônus da prova. Isso se deve porque o Código de Defesa do Consumidor, embora tenha afastado a responsabilidade objetiva, não criou nenhuma restrição a aplicação dos instrumentos previstos em seu bojo, dentre eles a inversão do ônus da prova.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil; Dentista; Obrigação de Resultado; Ônus da Prova.

ABSTRACT: The present work aims to discuss the civil liability of dentists in the Brazilian legal system, aiming to identify whether it is an obligation of means or result, in addition to investigating its assumptions and particularities. To this end, the civil liability of health professionals is contextualized and the distinction between obligation and means and result is addressed. Soon after, it discusses the error within the scope of health professionals and the problem of the burden of proof in the civil liability of the dental surgeon. Methodologically, the research is classified as qualitative, descriptive and bibliographical. It appears that despite the divergence in doctrine, currently prevails the understanding that the obligation of the dental surgeon is result, which even stems from the way in which professionals in the area have been acting, with wide dissemination of results in the most diverse means, and that ends up instilling in the patient the expectation that he will

*Trabalho de Conclusão do Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, orientada pela professora Priscilla Prado

**Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Integrado de Campo Mourão - PR. Email: yohanareticena@gmail.com

have a satisfactory result. However, even if the nature of the obligation to result is not recognized, which leads to the presumption of the dentist's guilt, since it is a consumption relationship, it may, in the analysis of the concrete case, impute the burden of proof to the professional. This is due to the fact that the Consumer Defense Code, although it removed strict liability, did not create any restriction on the application of the instruments provided for in its scope, including the reversal of the burden of proof.

KEYWORDS: Civil Liability; Dentist; Result Obligation; Burden of Proof.

INTRODUÇÃO

Uma das questões mais intrigantes, e que frequentemente são levadas à apreciação do Poder Judiciário, é a análise da responsabilidade civil dos profissionais liberais, em especial àqueles que envolvem a problemática de se tratar ou não de uma obrigação de meio ou de resultado.

Nesse âmbito é que se encontra o trabalho do profissional da odontologia, que embora a princípio possa se apresentar como uma obrigação de meio, quando se refere ao tratamento de patologias, na grande maioria das vezes se consubstancia numa obrigação de resultado, pois o paciente, ao procurar o cirurgião dentista, almeja um determinado resultado, e este é, não raras vezes, “prometido” pelo odontólogo.

Logo, ao fim do tratamento, acaso danos sejam causados ao paciente, ou não sejam alcançados os resultados esperados, surge a dúvida acerca da possibilidade ou não de ser o profissional acionado judicialmente para responder por perdas e danos, danos materiais e indenização por danos morais.

A pesquisa a seguir tem como base o seguinte problema: A obrigação do cirurgião dentista é uma obrigação de meio ou de resultado, e, se reconhecida como uma obrigação de resultado, estaria o profissional obrigado a reparar os danos sofridos pelo paciente, que não obteve os resultados almejados ou prometidos pelo profissional da odontologia?

Desta feita, tem-se como objetivo geral discorrer sobre a responsabilização civil dos cirurgiões dentistas, no ordenamento jurídico

brasileiro, objetivando identificar tratar-se de uma obrigação de meio ou de resultado, de modo a identificar os seus pressupostos e particularidades.

Para alcançar os objetivos citados, elencam-se os seguintes objetivos específicos: contextualizar a responsabilidade civil dos profissionais da saúde; abordar a obrigação de meio e de resultado; destacar a complexidade do erro em se tratando de profissionais da saúde; e, ainda, abordar o ônus da prova na obrigação civil do dentista.

Dessa maneira, para alcançar os objetivos estabelecidos, adota-se, como método de abordagem o qualitativo e, como método de procedimento, o descritivo. No que diz respeito à técnica de pesquisa, classifica-se como bibliográfica, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do tema.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE

O conceito de responsabilidade civil está relacionado a uma obrigação de reparar os danos causados a outrem em decorrência da violação de um dever jurídico. Assim, sempre que alguém, por meio de um ato contrário ao ordenamento jurídico causa um dano a outrem, seja na sua esfera pessoal (física ou moral) ou patrimonial, fica obrigado a repará-lo. Há, portanto, um dever jurídico primário ou originário que, quando violado, gera um dever jurídico secundário ou sucessivo, que consiste em indenizar o prejuízo (CAVALIERI FILHO, 2023).

Segundo Cavalieri Filho (2023, p. 37) a responsabilidade civil pode ser contratual e extracontratual. A primeira tem origem quando “o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato”, sendo que a “norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos”. E, a segunda tem origem quando o “dever jurídico violado não estiver previsto em contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica”.

Já Noronha (2017), ao fazer a mesma diferenciação, considera mais adequado denominar a responsabilidade civil contratual e como responsabilidade negocial, e a responsabilidade civil extracontratual como responsabilidade geral ou em sentido estrito. Aquela seria resultante do inadimplemento ou da má execução no cumprimento de uma obrigação negocial; enquanto esta resultante da violação de outros direitos, individuais, coletivos ou difusos, nos quais não haja a ligação entre o causador do dano e a pessoa lesada.

Em sua concepção tradicional a responsabilidade civil está intimamente ligada a ideia de culpa, ou seja, só há obrigação de reparar danos quando estes são causados com dolo ou culpa do agente. Tem-se, nesse caso, a responsabilidade subjetiva, ou ainda, a responsabilidade por atos ilícitos ou aquiliana (NORONHA, 2017).

Nesse sentido, para incidência desta modalidade de responsabilidade civil é necessário estarem presentes três elementos: uma conduta dolosa ou culposa do agente, um dano causado a outrem e o nexo causal entre eles, ou seja, a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano (CAVALIERI FILHO, 2023).

O ordenamento jurídico brasileiro adota a responsabilidade civil subjetiva como regra, pois as hipóteses de responsabilização objetiva são expressas em lei. Esta modalidade foi aos poucos, sendo introduzida no ordenamento jurídico, mas somente nas hipóteses previstas em lei, haja vista a responsabilidade subjetiva, ser, ainda hoje, regra geral. Entre os casos em que se passou a admitir a responsabilidade fundada no risco, Cavalieri Filho (2023) destaca a responsabilidade das estradas de ferro pelos danos causados aos proprietários marginais (Decreto nº 2.681/1912), a responsabilidade por acidentes de trabalho, esta considerada tarifada, ou seja, com limites impostos em lei, o seguro obrigatório DPVAT, a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados por seus agentes, a responsabilidade por danos nucleares, e, mais, as diversas situações em que o Código de Defesa do Consumidor consagrou a

responsabilidade objetiva dos de fornecedores pelo risco de seus produtos e serviços.

Além de casos específicos de responsabilidade objetiva definidos em leis especiais, a modalidade foi incorporada também no Código Civil de 2002, que, embora tenha mantido a responsabilidade subjetiva como regra geral, introduziu no parágrafo único do art. 927, a teoria do risco em regime de exceção (CAVALIERI FILHO, 2023). Com isso, sempre que houver determinação legal, ou que a natureza da atividade desenvolvida pelo causador do dano implicar em risco para outrem ou para a coletividade, haverá a obrigação de reparar independente de culpa.

A responsabilidade civil subjetiva, portanto, deriva de ações ofensivas ao direito alheio, vedadas pelo ordenamento jurídico e imputáveis a um agente que, mediante uma conduta culposa (praticada com imprudência, negligência ou imperícia) ou intencional do agente, causou um dano a outrem.

Dando seguimento, tem-se, como leciona Giotri (2017, p. 34), que a responsabilidade civil na área da saúde foi primeiramente debatida em relação aos médicos. Assim, é admitida por princípios gerais da responsabilidade civil, que impõe àquele que pratica “ato em estado de sã consciência e com capacidade para discernimento, com liberdade, intencionalidade, ou seja, com opção de escolha, tem o dever de reparar as consequências danosas do seu proceder”. E o autor acrescenta:

A responsabilidade médica rege-se hoje pelos mesmos princípios da responsabilidade civil, segundo a qual, quem pratica um ato em estado de sã consciência e com capacidade de discernimento, com liberdade, intencionalmente, ou seja, com a opção de escolha, tem o dever de reparar as consequências danosas ao seu proceder (GIOTRI, 2017, p. 34).

Desta feita, o fundamento da responsabilidade civil quando se trata de profissionais da saúde está na alteração do equilíbrio social, resultando do dano causado a um dos seus membros, pois este preocupa todo o grupo porque, todos se sentem ameaçados pela possibilidade de, mais cedo ou mais tarde, sofrerem os mesmos danos.

Como visto, a responsabilidade civil pode ser de natureza subjetiva, que é a regra, ou objetiva, quando não se tem o elemento culpa dentre aqueles imprescindíveis à obrigação de reparar os danos. Nesse cenário, a responsabilização civil dos profissionais da saúde continua se confortar no regimento da culpa, que consiste em impor que a vítima prove o dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, para assim ter de alcançar a reparação do dano (RODRIGUES, 2013).

Importante ressaltar que a responsabilidade civil subjetiva e objetiva não se exclui, ou seja, não são desiguais modalidades de responsabilização, mas apenas diferentes formas de encarar a obrigação de reparar o dano, pois enquanto a subjetiva exige a demonstração da culpa (imprudência, imperícia ou negligência), a objetiva se funda na teoria do risco da atividade exercida (RODRIGUES, 2013).

Adeptos da culpa como elemento fundamental da responsabilidade civil afirmam que a culpa possui um lastro moral, pois o homem se sente responsável e, conseqüentemente, obrigado a reparar seu dano causado por um ato culposos, o que não ocorre em relação a eventuais danos a que haja dado causa de modo completamente imprevisível, e pelos quais não se reconhece responsável, pois não os causou verdadeiramente (CAVALIERI FILHO, 2023).

E acerca da responsabilidade objetiva do profissional da saúde, assim disserta Gonçalves (2020, p. 25).

[...] não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado reparar o dono ou: a culpa é presumida pela lei ou simplesmente se dispensa sua comprovação. Sendo a culpa presumida, inverte-se o ônus da prova. Caberá ao autor provar tão só a ação ou omissão do réu e o resultado danoso, posto que a culpa já se presume.

Porém, mesmo sendo a regra da responsabilização dos profissionais da saúde de forma subjetiva, há situações em que a doutrina e jurisprudência vem entendendo como de natureza objetiva, como ocorre nas obrigações de resultado, questão que dada a relevância é objeto do próximo tópico.

Em se tratando dos profissionais da saúde, por se enquadrarem na categoria dos profissionais liberais, como lecionam Gallotti e Formici (2016), sua natureza é subjetiva, em regra, como se extrai do art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, aplicável a questão, pois a relação entre paciente e médico, paciente e cirurgião dentista, cliente e advogado, dentre outras, exige a verificação da culpa do profissional para a responsabilização civil. Isso se deve porque aquele está no polo da relação como consumidor, ao passo que o profissional liberal é o fornecedor do serviço.

Também Rocha *et al.* (2019, p. 48) assim lecionam, a saber:

A responsabilidade dos profissionais liberais estipulada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) é considerada subjetiva conforme dispõe o art. 14, §4º. Assim, é necessário a existência da culpa que engloba o dolo e a culpa *stricto sensu*, apresentando-se esta última em três modelos jurídicos: Negligência -consiste na omissão e na falta de cuidado e está disposta no art. 186, do Código Civil; Imprudência -consiste na ação e na falta de cuidado, também constante do art. 186, do Código Civil; e Imperícia -consiste na falta de qualificação ou treinamento de um profissional para desempenhar uma determinada função e consta do art. 951 do Código Civil.

Em suma, e do até aqui exposto, tem-se que, como lecionam Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 303), o “exercício do ofício pressupõe, em condições normais, a interatividade da realização de um negócio jurídico, em que o profissional se obriga a realizar determinada atividade pactuada”, situação presente quando se trata da responsabilidade dos profissionais da saúde.

OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Ainda antes de adentrar na análise da responsabilidade civil do profissional cirurgião dentista, faz-se necessário observar que a obrigação dos profissionais da saúde pode ser de meio ou de resultado, o que reflete diretamente na configuração (ou não) do erro e, conseqüentemente, da obrigação de reparar danos de natureza material e/ou moral.

A obrigação de meio impõe ao devedor o cumprimento de determinada atividade destinada a um fim, sem que esse fique compelido a atingi-lo. Desse

modo, o profissional não fica obrigado a obter determinado objetivo, como a cura do paciente, por exemplo.

A esse respeito disserta Rodrigues (2013, p. 17), in verbis:

Nalguns negócios o devedor apenas promete envidar esforços para alcançar um resultado, sem se vincular a obtê-lo. [...] São obrigações de meio, e o devedor as cumpre desde que preste, diligente e escrupulosamente, os serviços prometidos.

Rizzardo (2017, p. 325), ao dissertar sobre a obrigação de meio, afirma que “almeja-se alcançar um resultado, o qual, porém, não é garantido. Promete-se, no entanto, fazer o melhor para conseguir o intento pretendido”. Assim, somente haverá inadimplemento, com seus consectários jurídicos, quando a atividade devida for mal desempenhada. Ou seja, para o adimplemento contratual basta a própria atividade, praticada com acuidade, eficiência e dedicação, não sendo necessário alcançar um resultado específico.

Já Cavalieri Filho (2023, p. 346) defende que o “devedor apenas se obriga a colocar sua habilidade, técnica, prudência e diligência no sentido de atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo”. Nesse caso, o ônus *probandi* pertence ao autor (RIZZARDO, 2017).

Na mesma esteira assinala Cavalieri Filho (2023, p. 346), para quem o inadimplemento surge “se o credor provar que o resultado colimado não foi atingido porque o obrigado não empregou a diligência a que se encontrava obrigado”

Do outro lado se tem a obrigação de resultado, que segundo Rodrigues (2013, p. 18) se configura quando o “devedor promete um resultado, e se não o apresentar é inadimplente”. Nesse caso, há a necessidade de alcançar um propósito específico.

Compartilha deste entendimento Cavalieri Filho (2023, p. 346), ao expor que o “devedor assume a obrigação de conseguir um resultado certo e determinado, sem o que haverá inadimplemento”. E mais adiante o autor conclui que o “conteúdo da obrigação de resultado é o resultado em si mesmo”.

Fato é que na obrigação de resultado há a presunção de culpa, cabendo ao devedor comprovar que não errou, que houve um elemento que afasta o nexo de causalidade, que não se opera a obrigação civil de reparar danos, a exemplo de uma ação do paciente que comprometeu o resultado almejado (CAVALIERI FILHO, 2023).

Nesse sentido são os ensinamentos de Monteiro (2007, p. 545), para quem somente nos casos de obrigação de resultado “há presunção de culpa, cabendo ao profissional provar sua inexistência ou que o dano decorreu de caso fortuito ou força maior”. A obrigação civil de reparar o dano, portanto, há presunção da culpa, embora seja possível afastá-la se demonstrado uma excludente.

Contudo, tanto a obrigação de meio, quanto a obrigação de resultado exige, para a comprovação do erro e da obrigação de indenizar que esteja presente o elemento subjetivo culpa (*lato sensu*) (STOCO, 2014).

Em suma, na apuração da responsabilidade profissional, a culpa há de ser comprovada, através da imprudência, imperícia ou negligência, tanto na obrigação de meio quanto na de resultado. A diferença é que nessa última há inversão do ônus da prova e a culpabilidade é presumida.

De acordo com Diniz (2018, p. 184), “a obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo”. E buscando exemplificar a autora acrescenta:

[...] exemplos clássicos de obrigação de meio são os de advogados e médicos, o primeiro porque não se obrigam a vencer uma causa, e sim defender os interesses do cliente, oferecendo-lhe sua atividade, cultura e talento, pois o resultado a ser alcançado independe de sua vontade. O mesmo acontece com os médicos, que apenas trata dos seus pacientes, sem a obrigação de curá-los (DINIZ, 2018, p. 184).

Dessa forma, a obrigação de resultado vincula ao prestador de serviço, a exemplo do profissional da saúde, principalmente ao resultado final, enquanto a obrigação de meio obriga-o a fazer o possível para alcançar os resultados, sem que estes seja consequência, e não obrigações nessa modalidade.

RESPONSABILIDADE CIVIL E ERRO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE

Inicialmente se faz necessário definir o que vem a ser erro, questão esta que não demanda maiores problemas, já que o erro remete à noção de incorreção, desvio do caminho certo, falsa opinião, engano, falta, culpa, equívoco, deixando às situações pontuais ocorridas nas mais variadas contingências o ônus de especificar a aplicabilidade do termo.

Logo, o erro praticado pelo profissional da saúde é o lapso do médico na prática da profissão, com a ocorrência de um resultado inesperado, e este pode ocorrer por imperícia, imprudência ou negligência do profissional da medicina.

Anote-se, ainda, que na área da saúde o erro pode se verificar por três vias principais. A primeira delas é o caminho da imperícia decorrente da falta de observação das normas técnicas, por despreparo prático ou insuficiência de conhecimento como aponta o autor. É mais frequente na iniciativa privada por motivação mercantilista (KFOURI NETO, 2021).

O segundo caminho é da imprudência e daí nasce o erro por ação ou omissão quando o profissional assume procedimentos de risco para o paciente sem respaldo científico, ou, sobretudo, sem esclarecimentos à parte interessada. Logo, se no primeiro caso tem-se a imperícia, no segundo tem-se a imprudência (KFOURI NETO, 2021).

O terceiro caminho é o da negligência, e se concretiza quando o profissional da saúde trata com descaso ou pouco interesse os deveres compromissos éticos com o paciente e até com a instituição para a qual trabalha, evidenciando o desleixo, a pouca atenção, a falta de zelo (KFOURI NETO, 2021).

Outrossim, e ainda segundo Kfourir Neto (2021), o erro do profissional da saúde pode ser caracterizado quando decorrente do resultado adverso da ação do profissional da saúde, do conjunto de ações coletivas de planejamento para prevenção ou combate às doenças. Portanto, somente na

análise do caso concreto, e com base nas provas, é que se faz possível aferir se houve erro e se decorre da imprudência, imperícia ou negligência.

De acordo com Giostri (2017), tem-se situações nas quais o profissional procede de forma correta em todo o procedimento. Contudo, há, por parte do paciente, omissão de informações relevantes que comprometem o diagnóstico ou o próprio tratamento. Por conseguinte, nem todo resultado inesperado pode ser considerado um erro do profissional da saúde.

Ainda segundo o autor, esses casos são denominados de erros escusáveis, e tem “como base que todo procedimento técnico – mesmo corretamente efetuado – traz em si uma possibilidade de resposta adversa” (GIOSTRI, 2017, p. 128). São escusáveis exatamente porque se inicialmente atribuiu-se um erro ao profissional, há uma escusa que justifica a atuação dele naquele sentido, e o motivo de determinado resultado ter sido alcançado (ou não).

Ademais, como salienta Diniz (2018, p. 249), não se pode exigir que os profissionais da saúde sejam infalíveis, pois o que se deseja é que façam “o exame clínico de acordo com as normas aceitas em sua profissão [...] A violação dessas normas indica imperícia, negligência, imprudência e torpeza”.

Comunga deste entendimento Nemetz (2008, p. 198), nos seguintes termos:

O erro no tratamento pode vir de forma indireta ou direta, a primeira em casos de infecção hospitalar provocadas por falta de higiene ou negligência na utilização de equipamentos e, a segunda, resulta de erro na realização de uma cirurgia.

Portanto, o erro do profissional da saúde nada mais é do que a falha no exercício de sua profissão, erro este que pode ocorrer por uma imprudência, negligência ou imperícia. Nestes casos o profissional é julgado e pode até perder sua permissão de exercer a profissão, sem prejuízo da obrigação de reparar os danos sofridos pela vítima ou seus familiares na esfera cível, o que também não exclui eventual responsabilização penal.

Acontece que os profissionais da saúde não lidam com uma ciência exata, e nem sempre podem assegurar a cura, fazer promessas inalcançáveis, como salienta Rizzardo (2017, p. 328), *in verbis*:

O profissional da atividade médica não pode afirmar que lhe apresentará ao enfermo a cura de sua doença, fazer falsas promessas, pois a prestação de serviços médicos não é tão simples assim. Em se tratando de uma obrigação de meio, o médico não tem como prever certas situações impostas na medicina e, além disso, todos estão sujeitos a erros.

Percebe que tais profissionais estão constantemente expostos a certos riscos, o exercício do seu mister, e não se tem uma previsibilidade sobre a saúde do paciente, podendo ou não alcançar os resultados almejados ou prever a existência de complicações futuras.

Outrossim, os deveres gerais como cidadão, e os específicos da atividade do profissional da saúde, devem ser respeitados pelo profissional, pois se este não agir com o elemento subjetivo “culpa”, estará isento de qualquer responsabilização ao paciente (KFOURI NETO, 2021).

É nesse cenário que surge a denominada culpa médica, como salienta Giostri (2017, p. 42):

A postura culposa do médico caracterizar-se-ia quando o seu agir estivesse imbuído de falta de diligência e da inobservância das normas de conduta. Essa falta de diligência, de prevenção e de cuidado seria, então, o elemento dinâmico essencial a caracterizar a culpa, dando nascença às suas três modalidades, a saber, a imperícia, a imprudência e a negligência.

De fato, para que o profissional da saúde seja responsabilizado pelo erro, ou seja, que este tenha a total culpa sobre o evento danoso ao paciente, o profissional tem de agir com o elemento dolo ou culpa, tornando a conduta profissional, seja na medicina, seja na odontologia, imprópria. Exatamente por isso Cavalieri Filho (2023) assevera que o erro pode ser compreendido como uma falha no exercício da profissão, do qual advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional.

Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 220), por sua vez, assinalam que “o erro médico é, em linguagem simples, a falha profissional imputada ao exercente da medicina”, embora seja uma questão muito mais complexa, pois não basta o resultado adverso daquele almejado para que se impute ao profissional da medicina a responsabilidade. E embora tais considerações se voltem ao profissional da medicina, se aplicam a todos os profissionais da saúde.

Nesse cenário, e em se tratando de profissionais da saúde, dentre eles o cirurgião dentista, tem-se que podem acontecer o erro profissional, o erro deliberado, o erro de tratamento, o erro de técnica, o erro de conduta e o erro de diagnóstico (KFOURI NETO, 2021). Em qualquer caso responderá pelos danos causados ao paciente.

Dissertando acerca do erro profissional, assim pontua Giostri (2017, p. 138):

[...] caracterizando o erro profissional como sendo aquele contingente que decorre de falta não imputável ao médico, seja pelas naturais limitações da medicina, seja pela impossibilidade de um diagnóstico exato, o que poderia levar o profissional à escolha de uma conduta errônea.

Na mesma esteira são os ensinamentos de Dias (2018, p. 333), senão vejamos:

[...] o erro chamado profissional é derivado mais da incerteza ou da imperfeição da arte e não da inteligência ou da incapacidade de quem o exercita. Não há avanços, definições e experimentos seguros. Está-se diante da probabilidade.

Anote-se que no erro profissional o médico ou odontólogo depende das limitações naturais da ciência que exerce, não dependendo de si mesmo, ou seja, o erro acontece, mas não é decorrente da falha do médico, e sim em consequência das limitações materiais e tecnológicas.

Cavaliere Filho (2023, p. 401), ao tratar da questão em relação aos profissionais liberais, pontua:

Algumas profissões, pelos riscos que representam para a sociedade, estão sujeitas a disciplina especial. O erro profissional, em certos casos, pode ser fatal, razão pela qual é preciso preencher requisitos legais para

o exercício de determinadas atividades laborativas, que vão desde a diplomação em curso universitário, destinado a dar ao profissional habilitação técnica específica, até a inscrição em órgão especial. Estão nesse elenco os médicos, dentistas, farmacêuticos, engenheiros etc.

Por outro lado, o erro deliberado decorre do tratamento de urgência ao paciente para um mal maior, sendo levado em conta que, se o profissional não tiver determinadas atitudes de urgência, o enfermo pode vir a óbito ou ter sua situação muito agravada.

Já o erro de tratamento se concretiza na execução do tratamento do paciente. Ocorre após o diagnóstico e há um descuido do profissional ao prescrever medicamentos, por exemplo, ou há o uso incorreto de equipamentos, não sendo observado com cuidado o tratamento do paciente. A esse respeito disserta Matiello (2014, p. 103):

Os erros de tratamento, basicamente, relacionam-se à opção equivocada por certo mecanismo terapêutico, utilização de equipamentos inadequados (ou na manipulação errada dos mesmos), condução anômala de um método terapêutico teoricamente correto, má atuação de auxiliares diretos em cirurgias, inadequada conservação do instrumental e dos aparelhos utilizados etc. As hipóteses são inúmeras, motivo pelo qual o elenco ora elaborado é meramente ilustrativo e a cada dia poderia ser alterado em virtude da incidência de novos casos de erro no tratamento de pacientes.

Por sua vez, o erro técnico vai depender da configuração de dois elementos essenciais para a sua existência. No primeiro o profissional da saúde tem de agir com o desconhecimento de seus deveres e o desprezo, não os cumprindo corretamente; no segundo, o profissional, além de agir com a certeza da culpa no procedimento, a ação do agente tem de ser grave (DIAS, 2018).

Existe, ainda, o erro que é decorrente da conduta do profissional da saúde. Nesse caso o profissional não pode errar em seu procedimento, cujo erro é ligado à imperícia, visto que o médico e o odontólogo, dentre outros profissionais da área, não pode realizar uma conduta inadequada para um determinado procedimento, podendo se tornar imperito.

De acordo com Giostri (2017, p. 138), o profissional da saúde erra em sua conduta “por ter insistido em manter-se dentro de uma conduta não satisfatória e não adequada, não advindo daí nenhum benefício para o seu paciente e, por

conta da qual, não poderá este último apresentar progresso ou melhora em sua patologia”.

Por fim, tem-se, ainda, o denominado erro no diagnóstico, que é um tema que vem criando grande polêmica na área da saúde, pois é sabido que a análise do diagnóstico é o primeiro ato em relação ao paciente, configurando-se o momento essencial para a verificação de qual é a natureza da enfermidade como a sua gravidade, qual tratamento adotar, qual caminho evitar, dentre questões outras.

RESPONSABILIDADE CIVIL E ÔNUS DA PROVA

A primeira questão a se ressaltar é que há, na atualidade, uma grande preocupação com a responsabilização dos profissionais liberais, dentre eles os dentistas, médicos, advogados, engenheiros, dentre outros, pois a diversidade de técnicas, estratégias, ou seja, formas de realizar o trabalho convencionado, utilizando de seus conhecimentos técnicos e científicos. E o cirurgião dentista não está isento de complicações em sua atuação, podendo vir a ser responsabilizado civilmente.

Equiparando a responsabilidade civil do dentista à mesma seara da responsabilidade médica, encontra-se Venosa (2019, p. 592), nos seguintes termos:

A responsabilidade dos dentistas situa-se no mesmo plano e sob as mesmas perspectivas da responsabilidade médica, valendo o que aqui foi afirmado. O art. 1.545 os coloca juntamente com os médicos, cirurgiões e farmacêuticos. A responsabilidade do dentista, contudo, traduz mais acentuadamente uma obrigação de resultado. Observe, no entanto, que a responsabilidade do dentista geralmente é contratual, por sua própria natureza. Com frequência o dentista assegura um resultado ao paciente. Sempre que o profissional assegurar o resultado e este não for atingido, responderá objetivamente pelos danos causados ao paciente.

Neste ponto é importante observar que a responsabilização civil do cirurgião dentista é modalidade de responsabilidade subjetiva, que é

configurada pela existência do elemento subjetivo, “culpa”, em uma de suas modalidades - imperícia, imprudência, ou negligência.

A imperícia é a falta de aptidão ou habilidade para fazer alguma coisa da qual o agente, em razão de sua profissão ou atividade, não poderia falhar na sua execução; a imprudência, por sua vez, consiste na violação das regras de condutas ensinadas pela experiência, ou seja, é o atuar sem precaução, de forma precipitada ou imponderada; e, a negligência, por fim, é uma forma de conduta humana que se caracteriza pela realização do tipo descrito em uma lei penal, através da lesão a um dever de cuidado, objetivamente necessário para proteger o bem jurídico, e onde a culpabilidade do agente se assenta no fato de não haver ele evitado a realização do tipo, apesar de capaz e em condições de fazê-lo.

Porém, para a caracterização da responsabilidade do cirurgião dentista faz-se necessário, ainda, a presença da conduta ilícita, do dano e do nexo causal, elementos imprescindíveis à caracterização da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio.

Outro ponto que precisa ser observado neste momento é que a obrigação do cirurgião dentista, assim como a do médico, é uma obrigação de meio, ou seja, o profissional coloca os seus conhecimentos em prática, utilizando-se de sua prudência e diligência, sem, contudo, assegurar a obtenção de resultados satisfatórios, ou seja, não se pode cogitar os resultados finais, embora o profissional deva imprimir os meios necessários à obtenção do melhor resultado possível para o contratante (KFOURI NETO, 2021).

Sobre a natureza da obrigação do cirurgião dentista, quanto a caracterização de obrigação de meio, bem sintetizam Galltti e Formici (2016, p. 14):

Ressalta-se que na obrigação de resultado o profissional odontológico se obriga a alcançar um determinado resultado almejado, e quando não alcançado, este se converte em inadimplente, eis que o paciente lesado terá o direito ingressar com ação de indenização. Enquanto na obrigação de meio, o profissional terá o dever apenas de se dedicar, empregando em sua função, todo o seu conhecimento, técnicas e especialidades, visando resultando, todavia, não se comprometendo na obtenção deste,

ou seja, compromete-se a agir com prudência, e todas as diligências necessárias, entretanto, não garante o resultado.

Em sentido contrário, defendendo que a obrigação do dentista é de resultado, encontra-se Venosa (2019, p. 592), para quem esse profissional se obriga, ao ser contratado, pelos resultados, e não os alcançando deve responder pelos danos causados ao seu paciente.

Nesse sentido também se posiciona Saad (2008, p. 312-312), para quem, em regra, a obrigação do dentista é de resultado, situação que ganha evidência quando se trata da colocação de próteses, restaurações de dentes, dentre outros procedimentos de fins predominantemente estéticos.

O principal argumento daqueles que preconizam ser a obrigação do cirurgião dentista de resultado é que sua atuação se dá, na grande maioria dos casos, para proporcionar melhores resultados ao paciente, uma estética melhor, ainda que as mudanças reflitam no bem-estar e na saúde.

Portanto, o que prevalece na doutrina e jurisprudência é o entendimento de que, em se tratando de cirurgia embelezadora, há um resultado esperado e prometido pelo cirurgião plástico que, por isso, responde pelos danos causados ao paciente, salvo se comprovar uma excludente ou fato outro que lhe exima da responsabilidade.

Há, repita-se, uma presunção relativa de culpa do cirurgião plástico quando se trata de procedimento que objetiva o embelezamento do paciente. Por isso há de se comprovar caso fortuito ou força maior, fato ou culpa exclusiva do paciente, condição biológica exclusiva do paciente, ou outra prejudicial, que afaste a obrigação de reparar os danos sofridos.

Nesse sentido são os ensinamentos de Cavalieri Filho (2023), que enfatiza ser do cirurgião plástico o dever de tomar precauções e colher informações do paciente; e, em sendo a obrigação de resultado, o ônus probatório é do médico. E o autor afirma, ainda, que as considerações tecidas ao referido profissional se aplicam ao cirurgião dentista.

Também Gonçalves (2020, p. 181) observa que “são válidos para os dentistas os comentários retro, a respeito da responsabilidade dos médicos e dos profissionais liberais em geral em face do Código de Defesa do Consumidor”, o que evidencia-se a íntima relação entre responsabilização do médico e a responsabilização do cirurgião dentista.

Percebe-se, portanto, que não há como averiguar a responsabilização civil do cirurgião dentista dissociado da natureza da obrigação, prevalecendo, na atualidade, o entendimento de que se trata de obrigação de resultado, como lecionam Rocha et al. (2019, p. 54):

A Odontologia apresenta uma tendência atual de ser enquadrada como obrigação de resultado, em virtude de muitos profissionais prometerem resultados milagrosos, assim como a falta de divulgação dos insucessos na prática odontológica e do uso de artifícios inadequados de propaganda (diagnóstico e resultado), ainda que permitidos pelo Conselho Federal de Odontologia (CFO), implicam no entendimento do paciente que todo tratamento odontológico será bem sucedido, independentemente das reações biológicas e outros fatores, a exemplo da cooperação do próprio paciente.

Questão que também não pode ser ignorada, e levantada por Cavalieri Filho (2023), é que apesar de ser a responsabilização civil do cirurgião dentista seja de natureza subjetiva, já que a culpa deve ser sempre comprovada para que a obrigação de indenizar se instaure, este profissional liberal está sujeito à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, que como já dito alhures, de forma expressa consigna a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, no caso em comento do paciente, nos termos do inciso VIII, art. 6º.

Acrescenta o autor que a inversão do ônus da prova é medida que busca resguardar o consumidor, parte hipossuficiente da relação, hipossuficiência esta que não se restringe à esfera econômica, mas é também técnica, motivo pelo qual o magistrado, na análise do caso em concreto, deve averiguar a necessidade de se inverter o ônus probatório em favor do consumidor (CAVALIERI FILHO, 2023), imputando ao cirurgião dentista, por conseguinte, o dever de comprovar a inexistência de dano, do nexos causal, alguma prejudicial ou excludente para se eximir da obrigação de reparar os danos.

Decerto, apesar de ter o Código de Defesa do Consumidor excepcionado os profissionais liberais da responsabilização objetiva que é a regra em se tratando de relação de consumo, não estabeleceu regime privilegiado quanto ao ônus da prova. Por isso o cirurgião dentista também está subordinado às normas do Código em comento, dentre as quais se inclui a inversão do ônus da prova.

Também Silveira e Oliveira (2016) destacam não apenas a natureza subjetiva da responsabilização dos profissionais da saúde, a exemplo de médicos e dentistas, mas também a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no que se refere ao ônus da prova, enfatizando que:

[...] entende-se que a responsabilidade do cirurgião plástico deve ser subjetiva, ou seja, é necessário demonstrar o elemento culpa. Esta é a perspectiva acolhida pelo art. 14, § 4º, CDC. Ademais, o Código de Ética Médica possui aplicação subsidiária, considerado pelo julgador na aferição da culpa, pois na responsabilidade médica (profissional liberal) não se admite presumir culpa, deve-se comprovar mediante análise exaustiva dos métodos adotados pelo profissional no ato cirúrgico.

Cavaliere Filho (2023, p. 419) cita decisão proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que ao analisar suposto erro médico destacou que, nas “[...] obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatos externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia”.

E mais uma vez lembrando que as colocações supra se aplicam ao cirurgião dentista, tem-se que a obrigação é de resultado, cabendo a ele comprovar que é de meio, estando tal fato intrinsecamente relacionado ao ônus da prova, embora prevaleça o entendimento que dada a relação de consumo entre dentista e paciente compete ao profissional a produção de prova, inclusive de fato negativo.

Dessa forma, apesar de ser a regra, em se tratando de ônus probatório, o dever daquele que alega comprovar os fatos constitutivos do seu direito, a incidência das normas consumeristas, em especial o disposto no Código de Defesa do Consumidor, possibilita a inversão do ônus da prova quando da

verossimilhança das alegações do consumidor (SILVEIRA; OLIVEIRA, 2016), no caso em tela o paciente.

Destarte, na hipótese de o paciente imputar ao cirurgião dentista determinado erro, por não ter a cirurgia proporcionado o resultado almejado, e existindo algum fato que exima o cirurgião de tal responsabilidade, é deste o ônus da prova.

CONCLUSÃO

Buscou-se, no presente artigo, discorrer sobre a responsabilidade civil do cirurgião dentista, com vistas a averiguar a natureza da obrigação, se de meio ou de resultado, e os reflexos no dever de reparar danos se presentes os elementos configuradores da responsabilização civil, a saber, a conduta, o dano, o nexo de causalidade e a culpa, dada a sua natureza subjetiva.

Constatou-se que o grande número dos procedimentos realizados todos os anos pelos dentistas, e considerando a ampla divulgação de resultados satisfatórios, levam ao Judiciário, todos os anos, imputando ao profissional da saúde suposto erro por ser o resultado alcançado insatisfatório.

Viu-se a necessidade de se distinguir a obrigação de meio da obrigação de resultado, pois naquela o profissional tem o dever de aplicar todo o seu conhecimento, não envidando esforços para atingir o fim almejado, enquanto na obrigação de resultado este é o foco, ou seja, o objetivo pretendido por paciente e cirurgião dentista.

Em se tratando de tratamentos odontológicos a distinção supra ganha evidência em virtude da distinção entre o procedimento que busca sanar um problema de saúde e aquele que tem por escopo embelezar, apresentar resultados que melhorem a aparência do paciente. E estes são, como visto e enfatizado por Rocha et al. (2019), a maioria esmagadora nos últimos anos.

Nesses casos o que pretende o paciente é melhorar a autoestima, sendo a relação dentista-paciente uma relação de resultado, em que pese divergência doutrinária, o cirurgião dentista responde por resultado diverso daquele prometido, salvo se comprovar culpa exclusiva do consumidor ou outra excludente.

Acontece que mesmo se tratando de cirurgia na qual se busca o resultado o cirurgião dentista continua respondendo na modalidade subjetiva, pois não se aplica a Teoria Objetiva que dispensa a comprovação da culpa. Por isso, quando se imputa ao cirurgião dentista a responsabilidade pelo resultado não alcançado no procedimento, deve-se comprovar a culpa.

Porém, por se tratar de típica relação de consumo, na qual o paciente é o consumidor e o dentista o fornecedor de serviços, há a possibilidade de inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional da saúde comprovar a existência de prejudicial ou excludente de ilicitude.

Como visto, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, § 4º excepciona os profissionais liberais da responsabilização objetiva, mas não cria tratamento diferenciado quanto ao ônus probatório, até mesmo porque o paciente é parte hipossuficiente na relação, pois quem detém conhecimentos técnicos para comprovar a existência ou não de erro é o profissional da saúde, dentre eles o cirurgião dentista.

Para prevenir ações judiciais e lidar com a inversão do ônus da prova, os dentistas devem priorizar a documentação completa e detalhada de todos os procedimentos realizados. É essencial manter registros minuciosos, incluindo anamneses, diagnósticos, planos de tratamento e termo de consentimento. Além disso, é fundamental garantir que o paciente compreenda completamente o tratamento, documentando todas as conversas importantes. Utilizar materiais de alta qualidade e manter os equipamentos em bom estado também são práticas essenciais para evitar complicações.

Outra medida preventiva crucial é a comunicação clara com os pacientes, evitando promessas de resultados garantidos e mantendo o foco na

segurança e bem-estar do paciente. Ter um seguro de responsabilidade civil e ser membro de associações profissionais pode oferecer suporte adicional em casos de disputas legais. A gestão adequada das expectativas do paciente, aliada à revisão constante das práticas profissionais, pode reduzir significativamente o risco de ações judiciais e facilitar a defesa em casos de inversão do ônus da prova.

Resta claro, portanto, que o cirurgião dentista, em virtude da grande divulgação de resultados nos mais diversos meios, responde subjetivamente pelos danos causados, sendo seu o ônus de comprovar que o dano não existe, que entre o dano e a sua conduta não há nexo de causalidade ou, ainda, prejudicial ou causa excludente da obrigação de reparar, pois em se tratando de obrigação de resultado somente se exime se comprovar cabalmente um dos fatos supra, já que responde pelos danos de natureza material e extrapatrimonial causados ao paciente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, v. 7. 32. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GALLOTTI, C.; FORMICI, P. C. Responsabilidade civil do cirurgião-dentista: Obrigação de meio e de resultado. **Rev. Matiz online**, v. 21794022, 2016.

Disponível em:

https://immes.edu.br/wp-content/uploads/2021/08/6_2016-Responsabilidade-Civil-do-Cirurgi%C3%A3o-Dentista.pdf. Acesso em: 18 mai. 2023.

GIOSTRI, Hildergard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: responsabilidade civil**, v. 4. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**, v. 1. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEMETZ, Luiz Carlos. **Estudos e Pareceres sobre Direito Médico e da Saúde**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Ebook.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROCHA, Maria da Conceição Almeida da et al. A obrigação de resultado nas ações de responsabilidade civil do cirurgião-dentista no Brasil, em 2017. **Revista Brasileira de Odontologia Legal**, v. 6, n. 3, 2019.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: responsabilidade civil**, v. 17. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao código de defesa do consumidor: Lei n. 8.078, de 11.9.90**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

SILVEIRA, Diego Prado da; OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. Responsabilidade civil do médico-cirurgião plástico e seus reflexos processuais. **Percursos Acadêmicos**, v. 6, n. 11, 2016.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil, v. 4. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

*Trabalho de Conclusão do Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, orientada pela professora Priscilla Prado

**Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Integrado de Campo Mourão - PR. Email: yohanareticena@gmail.com