



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Responsabilidade Civil do Cirurgião-Dentista frente à frustração das expectativas do paciente nos tratamentos de correção dentária

Marselha De Luca Costa

Rio de Janeiro

2012

MARSELHA DE LUCA COSTA

A Responsabilidade Civil do Cirurgião-Dentista frente à frustração das expectativas do paciente nos tratamentos de correção dentária

Projeto de Pesquisa apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil.

Professores Orientadores:

Eduardo Perez Oberg

Rafael Iorio

Nelson C.Tavares Junior

Néli Luiza C. Fetzner

Guilherme Sandoval

Rio de Janeiro

2012

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA FRENTE À FRUSTRAÇÃO DAS EXPECTATIVAS DO PACIENTE NOS TRATAMENTOS DE CORREÇÃO DENTÁRIA

Marselha De Luca Costa

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá e Odontologia pela Faculdade de Odontologia de Campos. Advogada e odontóloga. Pós-graduada em Odontopediatria pela Policlínica Geral do Rio de Janeiro e Ortopedia Funcional dos Maxilares pelo Grupo de Estudos Maurício (GEM).

Resumo: O presente trabalho enfoca a relação estabelecida entre o cirurgião-dentista, e o seu paciente nos tratamentos de correção dentária. Aborda-se a responsabilidade civil deste profissional frente aos resultados que eventualmente frustrarem as expectativas do paciente, objetivando encontrar caminhos para a melhora da sua defesa processual, face ao crescente aumento das ações indenizatórias intentadas na busca por reparação por eventuais danos. O presente estudo, considerando vários aspectos que interferem na relação entre profissional e paciente, e através da análise da doutrina jurídica, odontológica e jurisprudência pátria, observa que princípios basilares que norteiam a relação consumerista como os da informação e boa-fé, devem ser privilegiados por estes profissionais, a fim de evitar eventuais e indesejáveis contenciosos judiciais, constituindo-se, inclusive, como instrumentos exoneradores de responsabilidade, principalmente quando o elemento culpa não resta caracterizado.

Palavras-chave: Cirurgião-Dentista. Paciente. Responsabilidade Civil. Tratamento corretivo. Frustração. Insucesso. Danos. Excludentes. Exoneração responsabilidade.

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos relevantes da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro. 3. O Código de Defesa do Consumidor nas relações de prestação de serviços odontológicos. 3.1. Obrigação de meio e de resultado. 3.2. Vício e Defeito do serviço. 4. Excludentes da Responsabilidade Civil nas relações de consumo. 4.2. Responsabilidade Civil do Cirurgião-Dentista. 4.2.1. A boa-fé contratual, o direito à informação e ao consentimento informado. 4.2.2. A relação profissional paciente. 5. Dano Moral e Dano Estético. 5.1. Os meios de defesa profissional do cirurgião-dentista: as excludentes ou atenuantes de responsabilização aplicáveis. 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objeto de estudo a responsabilidade civil do cirurgião-dentista com enfoque no tratamento de correção dentária, através da Ortodontia ou Ortopedia Funcional dos Maxilares, que são especialidades da Odontologia que se destinam à reabilitação não só funcional como estética da cavidade oral. Ocorre que alguns resultados não atendem às expectativas do paciente, e nem por isso devem ser caracterizados como insucesso do tratamento. Entretanto, muitas vezes tornam-se motivação para o aforamento de demandas de natureza reparatória pelos pacientes (leia-se consumidores do serviço), agora com uma conscientização maior sobre seus direitos a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor.

Tratando-se a relação em comento de uma prestação de serviço odontológico onde frequentemente há maior preocupação com a estética, muitas são as divergências no que tange à natureza da obrigação do cirurgião-dentista, ortodontista ou ortopedista, ser de resultado ou de meio, considerando as expectativas criadas acerca do tratamento. Tal relevância no que tange à natureza da obrigação reflete sobremaneira sobre a apuração da responsabilidade deste profissional, mormente quando resultados insatisfatórios do ponto de vista funcional, ou estético, ou de ambos. E mais, quando desses resultados decorrem ainda danos aparentemente suscetíveis de reparação, mas que por circunstâncias peculiares ao próprio tratamento, que serão apresentadas oportunamente, interferem diretamente no resultado final, tornam-se excludentes de responsabilização.

Assim, busca-se demonstrar a importância cada vez maior da conscientização do paciente para os riscos do tratamento, e seus resultados, fazendo prevalecer os princípios da boa-fé e da informação nesse tipo de relação contratual tornando-os verdadeiros aliados na defesa processual desses profissionais liberais.

Tomando como base o entendimento jurisprudencial e sua divergência, o trabalho traz à reflexão questões relevantes que podem servir de norteadoras para a defesa do cirurgião-dentista quando frustradas as expectativas do paciente frente ao tratamento proposto, além de fornecer ao operador do Direito maior conhecimento sobre as nuances que se tornam verdadeiras aliadas para a exoneração da responsabilidade deste profissional.

2. ASPECTOS RELEVANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

A noção de responsabilidade traz em um primeiro momento uma idéia de dever. De fato, seu significado deriva do verbo latino *respondere*, que no Direito Romano traduzia uma obrigação contratual entre o credor e o devedor, e é sobre ela que repousa o sentido jurídico do termo Responsabilidade Civil. Como leciona o insigne mestre Cavalieri Filho¹, “obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo conseqüente à violação do primeiro”.

Considerando a vasta historicidade do instituto e as diversas influências sofridas não se pretende trazer à lume cada uma das concepções e as teorias adotadas em sua correspondente época, mas tão somente os aspectos mais relevantes que perpassam pelo Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, e que trazem correlação com o tema.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves,² a teoria clássica da responsabilidade civil se assenta na existência de três pressupostos: o dano, a culpa do ofensor e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano³. Entretanto, o instituto que teve sua semente nos primórdios da civilização, nem sempre se fundou no fator culpa, tendo sofrido várias modificações desde então. De um passado onde a reparação se fundava na vingança pessoal, causando ao ofensor o mesmo dano causado à vítima, muito se evoluiu até a concepção adotada nos dias atuais, recaindo a reparação sobre o patrimônio do ofensor, objetivando a reposição do *status quo ante*⁴.

Com o avanço, passa-se da vindita meditada à composição, resultando na compensação econômica, muito embora ainda não se cogitasse do fator culpa. Posteriormente, o Estado toma para si a função de punir. Mas é a partir da *Lex Aquila* que se atribui a origem do elemento “culpa” como fundamental na reparação do dano. Com o advento da Revolução Industrial, e a multiplicação de acidentes de trabalho,

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2.

² GONÇALVES, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36.

³ BESSON André. *La notion de garde dans responsabilité du fait des choses*. Paris: Dalloz, 1927, p. 5.

⁴ Denomina-se “*status quo ante*” a locução latina que exprime o mesmo estado, o estado que está, a exata situação ou a posição das coisas. Na situação que se encontra atualmente. SILVA, DE PLÁCIDO E. *Vocabulário Jurídico*, 27. ed. São Paulo: Forense Jurídica, 2006, p. 1.327.

desenvolvem-se novas teorias de responsabilização que visam, sobretudo, proporcionar maior proteção às vítimas.

O direito Brasileiro manteve-se fiel à Teoria subjetiva, com base na culpa, tanto no Código Civil de 1916, como no atual Código de 2002, disposta no art. 186 Código Civil. Também restaram adotados princípios da responsabilidade objetiva da culpa presumida consagrados nos art. 936, 937, 938, como também da responsabilidade independente de culpa, pela qual o dever de reparar subsiste independentemente da sua existência, como se extrai dos artigos 927, parágrafo único, 933, e 1299, todos do Código Civil.

A tradição doutrinária ainda biparte a responsabilidade civil em contratual, quando há violação de um dever jurídico previsto entre os contratantes, e extracontratual, quando essa violação se dá a um dever estabelecido na lei, ou na ordem jurídica. Entretanto, como mencionado anteriormente, para que fique caracterizada a responsabilidade civil, necessária a conduta humana, omissiva ou comissiva, um dano (prejuízo) praticado, seja ele na esfera patrimonial ou imaterial da vítima, e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente ofensor, sem o qual, elide-se o dever de reparar. E não é por outra razão que a doutrina^{5 6 7} elenca como excludentes de responsabilidade, o fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima, força maior e caso fortuito, fatores que impossibilitam o cumprimento da obrigação.

Diferentemente da Lei Substantiva Civil, o Código de Defesa do Consumidor deu primazia à responsabilidade civil objetiva, consagrada nos artigos 12 e 14, fundada no dever e segurança do fornecedor de produtos e serviços colocados no mercado de consumo, afinal, uma relação com peculiaridades próprias, necessitava obter uma proteção ainda maior para que o equilíbrio contratual se perfizesse, sobretudo porque a vulnerabilidade é a característica principal do consumidor. Assim, como exceção à regra, adotou a teoria subjetiva fundada na culpa somente no artigo 14, § 4º do CDC.

3. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ODONTOLÓGICOS

⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.485.

⁶ DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 391.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 849-868.

Como tema central do estudo traz-se a relação estabelecida entre o cirurgião-dentista e seu paciente. Não restam dúvidas de que para que se caracterize uma relação de consumo é necessário que de um lado haja a figura de um consumidor e de outro, a de um fornecedor, para tanto, vale lembrar as definições trazidas na lei.

Preceitua o art. 2º do CDC que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”⁸. Da mesma forma, o artigo 3º do mesmo Diploma⁹ preleciona que:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Ainda, o § 2º do supramencionado artigo dispõe que: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”¹⁰.

Logo, considerando que a atividade odontológica é um serviço prestado pelo cirurgião-dentista ao seu paciente que é o destinatário final, caracterizada está a relação de consumo, de natureza jurídica contratual e que se subsume às regras da Lei n. 8.078/90. Todavia, a questão que se traz à análise diz respeito aos resultados obtidos nos tratamentos de correção dentária, seja através das técnicas da Ortodontia ou da Ortopedia dos Maxilares, isto porque após a conscientização sobre os direitos consagrados na Lei n. 8.078/90 tais resultados vêm sendo objetos de inúmeras demandas judiciais com pretensão reparatória, porquanto eventualmente frustradas as expectativas do paciente, aqui denominado consumidor.

Sob esse prisma, necessário trazer à reflexão a natureza das obrigações assumidas pelos profissionais dessas especialidades, que por não ser entendimento pacífico entre os Tribunais de nosso País, suscita polêmicas no meio jurídico e odontológico, e decisões judiciais igualmente confrontantes.

⁸ BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cdc_L8078.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2012.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

Como se sabe, a Ortodontia e a Ortopedia dos Maxilares são ramos da Odontologia que possuem como função, prevenção e tratamento dos problemas de crescimento, desenvolvimento e amadurecimento da [face](#), dos [arcos dentários](#) e da mordida, ou seja, corrigir o mau posicionamento dos dentes nos maxilares superior e inferior, bem como possibilitar a adequada função mastigatória¹¹. Com base nos estudos sobre a responsabilidade civil, tais especialidades são quase sempre inseridas em obrigação de resultado¹². Contudo, este entendimento parece não ser coerente quando se sabe que a Odontologia é uma ciência inexata, que depende da colaboração de seu paciente, que é um ser biológico, sujeito a toda gama de interferências do meio, estando entre elas a imprevisibilidade ou álea. Nas palavras de Hildegard Taggesell Giostri:¹³

Ignorar a imprevisibilidade e a imponderabilidade do organismo humano, em uma profissão da área de saúde, é o mesmo que entender que os seus profissionais lidam com máquinas ou exercem uma profissão matemática, exata, na qual dois e dois são quatro.

E porque na aferição da culpa deste profissional liberal (cirurgião-dentista), determinar a natureza da sua obrigação é preponderante, necessário se faz abordar alguns aspectos sobre a questão.

3.1 OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO

A doutrina^{14 15} dispõe que a obrigação de meio é aquela em que o profissional liberal se obriga a dedicar seus melhores esforços e se utilizar de todos os meios disponíveis no sentido de obter o melhor para o seu paciente sem, contudo, comprometer a sua cura, ou o resultado específico. De outra feita, considera-se obrigação de resultado aquela em que o profissional se utilizando de todas as técnicas e meios à sua disposição deverá alcançar o resultado almejado.

¹¹ MOYERS, Robert E. *Ortodontia*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1991. p.4.

¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.388.

¹³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Civil e Ética do Cirurgião-Dentista*. Paraná: Juruá, 2009, p.97.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.380-381.

¹⁵ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.496.

Certo é que algumas especialidades, por suas peculiaridades, como a Ortodontia e Ortopedia dos Maxilares, trazem laços estreitos com a estética e a funcionalidade e chegar a um consenso sobre a sua natureza torna-se questão tormentosa, especialmente quando o tratamento sofre influências capazes de interferir no resultado obtido, e mesmo não atendendo às expectativas do paciente não poderia ser caracterizado como serviço defeituoso, ou inadequado, de modo a gerar obrigação de indenizar.

Sem embargo ao entendimento doutrinário que a considera obrigação de resultado¹⁶, difícil desconsiderar que este profissional trabalha numa área cercada de enorme imprevisibilidade, tendo que contar, obrigatoriamente, com a participação de seu paciente, e que, muitas vezes, a experiência demonstra não ser tão colaborador como se espera. Daí porque se demonstra incongruente considerar, como regra, o tratamento de correção dentária uma obrigação de resultado, não levando em conta as circunstâncias a que o mesmo se submeteu, mas tão somente o resultado dele esperado, e com isso, caracterizar o serviço defeituoso toda vez que restarem frustradas as expectativas do paciente/consumidor.

3.2 VÍCIO E DEFEITO DO SERVIÇO

O Código de Defesa do Consumidor trouxe uma nova concepção de vício concentrando-se na funcionalidade, na adequação do serviço prestado, ampliando o dever do fornecedor de serviços/produto, não bastando, apenas, que o tenha prestado com diligência¹⁷. Da leitura dos art. 18 e 20 do CDC¹⁸, depreende-se que vício é a imperfeição que torna o produto ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam. Interessa destacar os vícios de qualidade, de adequação e informação.

Como se sabe, o princípio da boa-fé traduz-se em o princípio norteador no ato de contratar, e por esta razão, exige-se do fornecedor de serviços/produtos uma conduta de transparência, adequada ao que legitimamente se espera sobre o objeto do contrato. Desta forma os serviços prestados devem apresentar a adequação e a prestabilidade a

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.388.

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.517.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:< http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cdc_L8078.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2012.

que se propõem, de forma a atender a legítima expectativa do consumidor, que, se violada, pode gerar o dever de indenizar. Tal exigência também recai quanto ao dever de informação, que também é anexo ao princípio da boa-fé, e ao dever de segurança nos serviços/produtos colocados no mercado de consumo, bastante relevante no que tange aos serviços de correção dentária prestados pelo cirurgião-dentista.

O defeito também é um deflagrador da responsabilidade civil, e também está diretamente conectado ao dever de segurança. O parágrafo 1º do art.14 do CDC dispõe que o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes como o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam, à época em que foi fornecido¹⁹.

Em razão disso, maior é a responsabilidade dos profissionais liberais cujas especialidades estejam diretamente vinculadas a um determinado resultado, ainda que sofram a influência da álea, pois não se pode esquecer que mesmo diante de uma responsabilidade fundada na culpa, é ainda dele, na qualidade de fornecedor, o dever de elidi-la, e demonstrar que agiu com zelo, e utilizando-se de todos os meios possíveis e adequados na prestação dos serviços contratados.

4. EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O Código de Defesa do Consumidor adotou como regra a responsabilidade Objetiva, como preceituam os art.12 e 14 do referido Diploma. Todavia, até mesmo nesses casos, se faz necessária a demonstração do nexos causal, à exceção da responsabilidade fundada no risco integral, que não ocorre no CDC. Assim, nas palavras de Cavalieri Filho, “Inexistindo relação de causa e efeito, ocorre exoneração da responsabilidade {...}”²⁰.

As excludentes da responsabilidade civil nas relações de consumo podem ser extraídas das regras dos arts. 12, §3º, e 14, § 3º do CDC, porquanto, nas hipóteses ali vertentes, tem-se como fundamento a inexistência do nexos causal. Verifique-se entre

¹⁹ BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:< http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cdc_L8078.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2012

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 486.

elas a culpa exclusiva da vítima, assim como culpa exclusiva de terceiro, entendendo-se este como alguém sem qualquer vínculo com o fornecedor, completamente estranho à cadeia de consumo.

Muito embora o supracitado Diploma não tenha incluído no rol das excludentes de responsabilidade do fornecedor, o caso fortuito e a força maior, estes também são considerados pela doutrina quando decorridos o fortuito interno e externo, o primeiro entendido como fato imprevisível, e por isso, inevitável, e o segundo como aquele fato que não guarda nenhuma relação com a atividade do fornecedor, sendo absolutamente estranho ao serviço ou produto.

Interessa saber que demonstrada uma das excludentes mencionadas, o nexos causal torna-se inexistente, afastando a responsabilidade civil sobre os acidentes de consumo. Com base nessa assertiva é que o cirurgião-dentista (Ortodontista ou Ortopedista dos maxilares) deve adotar medidas que salvaguem o seu direito de defesa oportuna, não só em relação ao tratamento adotado, mas também em relação ao seu paciente, registrando todas as eventualidades, possíveis interferências com riqueza de detalhes, para que possam ser utilizadas como excludente de sua responsabilidade, ou em eventual condenação, propiciar uma efetiva aplicação da Equidade.

4.2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA

O cirurgião-dentista, na qualidade de profissional liberal e fornecedor de serviços, responde pelas faltas que eventualmente praticar no exercício de sua atividade profissional, seja nas esferas civil, penal e ética. Sob o prisma da responsabilidade ainda não há um consenso na jurisprudência, ora considerando-a Objetiva, fundada no risco profissional, consoante o parágrafo único do art.927 do Código Civil, ora com base na Teoria da Culpa, como se verifica no art.14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, e intimamente vinculadas à natureza da obrigação do cirurgião-dentista, fator instigante e motivador do presente estudo, mormente no que concerne às especialidades voltadas para as correções dentárias.

A despeito da evolução tecnológica na área de saúde, principalmente na Odontologia, permitindo melhoria na especialidade, o que pode significar um serviço diferenciado e aumento na responsabilidade, não há como afastar que existem muitos fatores que contribuem para alterar os resultados decorrentes do tratamento e causam o

descontentamento do paciente de tal sorte que o considere como uma prestação de serviços defeituosa, a ponto de deflagrar um contencioso judicial visando uma reparação por suposto dano, mas que seria contornável acaso alguns aspectos e cuidados fossem previamente observados pelo especialista antes da contratação dos serviços.

4.2.1 A BOA-FÉ CONTRATUAL, O DIREITO À INFORMAÇÃO E AO CONSENTIMENTO INFORMADO.

A correção dentária destina-se basicamente a corrigir o mau posicionamento dos elementos dentários, possibilitando a adequada função mastigatória, ou seja, está direcionada a “maloclusão”, muitas das vezes decorrentes de um crescimento anormal dos ossos do crânio, como também o desequilíbrio da musculatura orofacial, que em conjunto ou isoladamente não só causam problemas mastigatórios, estéticos faciais, disfunção da articulação entre crânio e mandíbula (temporomandibular), como uma predisposição às doenças gengivais, cárie e até mesmo problemas fonaudiológicos, alterando a dicção.

Destarte, a atuação do profissional numa estrutura tão complexa como o corpo humano, associado a tantos fatores tais como genéticos, intrínsecos, influências ambientais locais e gerais demanda antes de tudo, a observância rígida à boa-fé uma vez que estabelecida a relação entre paciente e profissional, muitas são as obrigações e direitos dela decorrentes. Sob este prisma vale destacar o princípio da informação, que decorre da transparência que deve pautar a relação entre as partes contratantes. Muito oportuno trazer as palavras de Cláudia Lima Marques²¹:

Informar é comunicar, é compartilhar o que se sabe de boa-fé, é cooperar com o outro, é tornar “comum” o que era sabido apenas por um. Informar é dar “forma”, é exteriorizar o que estava interno, é compartilhar, é “*comunicare*”, é chegar ao outro, é aproximar-se.

Nesta seara deve o cirurgião-dentista trazer ao seu paciente as informações acerca das técnicas adotadas, procedimentos decorrentes tais como fixações, fraturas acidentais, sintomatologia dolorosa, recidiva²², além do fator álea, ou seja, a

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumido*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 800.

²² Denomina-se recidiva o reaparecimento ou retorno da deformidade após um período de cura mais ou menos longo. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Civil e Ética do Cirurgião-Dentista*. Paraná: Juruá, 2009, p. 223.

imprevisibilidade, não só porque a lei lhe confere este direito, mas de modo a torná-lo mais que um destinatário consciente, um colaborador dedicado à obtenção de um tratamento eficaz, tendo-se, por conseguinte, seu consentimento de preferência de forma escrita e anexando-se ao prontuário ou ficha clínica.

Nas palavras de Hildegard Taggesell Giostri²³, para o profissional é de extrema importância a obtenção do mencionado consentimento, pois a falta deste – e na ocorrência de um dano à integridade física do paciente – é passível de ser discutido, via judicial, lesão corporal e tratamento arbitrário. Citando Pereira²⁴ acrescenta que o montante das indenizações resultantes de um processo de responsabilidade por violação do consentimento informado pode ser tão ou mais elevado que os casos de negligência médica.

Diante de tais considerações não se pode negar que o dever de informação estabelecido no art.6º, III do CDC quando respeitado torna-se um forte aliado deste profissional, porquanto o consentimento informado acaba se transformando em importante meio de prova para eventuais defesas processuais.

4.2.2. A RELAÇÃO PROFISSIONAL PACIENTE

A relação profissional-paciente estabelece um vínculo entre as partes, de natureza obrigacional, onde encontramos simultaneamente as figuras de credor (paciente) e devedor (cirurgião-dentista), fazendo nascer direitos e obrigações para ambos.

Seja qual for a técnica selecionada pelo profissional para a correção dentária, e cumprindo o seu dever de informação sobre os meandros dos procedimentos clínicos, ainda subsiste para o paciente o seu dever de cooperação para com o tratamento prescrito, pois de nada adianta o profissional cercar-se de todo o zelo, precaver-se observando os princípios que norteiam a relação, como a boa-fé, a transparência, o dever de informar, a utilização de todos os meios possíveis para a obtenção do resultado que se espera, se de outro lado, o paciente não estiver disposto a cumprir o seu papel de colaborador, frequentando assiduamente as consultas.

²³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Civil e Ética do Cirurgião-Dentista*. Paraná: Juruá, 2009, p. 45.

²⁴ GIOSTRI *apud* PEREIRA, André Gonçalves Dias. *Responsabilidade Civil e Ética do Cirurgião-Dentista*. Paraná: Juruá, 2009, p. 45.

Ao longo do tratamento, comum constatar a evasão do paciente do consultório tão logo se verifique o aparecimento de sintomas dolorosos, a exigência de visitas mais frequentes visando a troca de peças de colagem (peças metálicas e elásticos) - necessários aos movimentos dentários - e não só por medo do desconforto inicial dos movimentos, mas sobretudo porque o fator financeiro também influencia. Tais circunstâncias fogem ao controle do profissional que muitas vezes fica à mercê da “boa vontade” do seu paciente a fim de retomar o tratamento do ponto onde foi interrompido, o que se dá por prazos aleatórios. Havendo o retorno do paciente, o trabalho é retomado praticamente do início, pois devido à sua ausência no consultório para controle nas forças impostas pelo profissional ao aparelho, todo o trabalho obtido desde então é descartado, pois geralmente há retrocesso na movimentação, ou na melhor das hipóteses, estabiliza-se na posição, trazendo modificações ao plano de tratamento.

Verifica-se, que a relação estabelecida entre as partes, suplanta o mero vínculo obrigacional, pois envolve também questões que perpassam pelo emocional, e algumas vezes até mesmo sociocultural que ditam a conduta do paciente ao longo de sua própria vida. E tais ponderações são necessárias até mesmo para reforçar o entendimento de que a despeito de todas as inovações tecnológicas colocadas no mercado odontológico, a obrigação em debate não deveria ser reputada como de “resultado”, mas sempre de meio, considerando todos os fatores já mencionados, inclusive a imprevisibilidade.

5.1. OS MEIOS DE DEFESA PROFISSIONAL DO CIRURGIÃO-DENTISTA, AS EXCLUDENTES OU ATENUANTES DE RESPONSABILIZAÇÃO APLICÁVEIS.

Uma das conquistas na seara da defesa do consumidor, considerando a sua vulnerabilidade, está consagrada no artigo 6º, VIII da Lei n. 8.078/90 que prevê a inversão do ônus da prova, cabendo ao fornecedor de serviços, no caso, o profissional liberal provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele que demandar em seu desfavor.

Dessa forma, incumbirá ao cirurgião-dentista comprovar que não agiu com negligência, imprudência ou imperícia no decorrer do tratamento proposto e executado. Como as explanações sobre o mesmo estão cercadas de muitas expectativas de ambos, bom lembrar que quanto mais documentada estiver a relação estabelecida entre o

profissional e o seu cliente, mais facilidade encontrará o primeiro para comprovar as suas alegações em eventual litígio, bem como atenuar a sua conduta na hipótese de responsabilização. Assim, curial resguardar-se o profissional desde o primeiro contato, ouvindo com atenção as queixas do paciente, as suas pretensões acerca do tratamento, explicar os procedimentos, suas consequências e as sintomatologias que decorrem das movimentações dentárias realizadas para alcance da correção proposta ao longo do atendimento odontológico.

Tal conduta deve atentar não só para a boa-fé como profissional liberal, responsável pela saúde, como para princípio da transparência e informação, direitos básicos do consumidor paciente, incluindo-se a conscientização deste quanto à importância de sua participação no tratamento reputando-se de extrema relevância para prevenção de eventuais problemas e cura da patologia ou má-correção dentária, a lembrar, sempre, que a Odontologia não é uma ciência exata, razão pela qual pode o tratamento ser permeado por alguma intercorrência que venha a frustrar as expectativas do paciente.

Destarte, o melhor meio de defesa do profissional liberal, especialista em Ortodontia ou Ortopedia dos Maxilares é e sempre será a sua conduta adotada ao longo do tratamento em relação ao seu paciente. Igualmente relevante também será a sua conduta em relação às medidas adotadas para o tratamento, nunca esquecendo que o registro de tudo que ocorrer deverá ser observado, inclusive, na hipótese de abandono do mesmo. Nesse caso, o profissional deverá tomar o cuidado de notificar o seu paciente extrajudicialmente, por meio de aviso de recebimento, cientificando-o das consequências advindas de sua atitude e dos eventuais danos que poderão surgir, colocando em risco o resultado e a sua própria saúde, e cuja devolução da correspondência deverá fazer parte anexa do prontuário, precavendo-se de eventual demanda.

Assim, resguardar-se com radiografias prévias, modelos das arcadas do paciente, documentos assinados tais como o consentimento sobre as informações prestadas (consentimento informado), mas principalmente a ficha clínica atualizada com a demonstração das visitas ao consultório e eventualmente as faltas, que representam um prontuário atualizado, mais que um dever profissional é um cuidado que servirá de uma prova pré-constituída em eventual defesa processual.

Vale lembrar que a partir da égide do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002 foram inseridos ao ordenamento jurídico pátrio, critérios ético-jurídicos como a Equidade e boa-fé que conferem ao julgador uma amplitude nos poderes quando da análise de casos concretos que envolvam tais questões.

Portanto, o cirurgião-dentista ao fornecer subsídios de ponderação entre as condutas de cada uma das partes, a sua concorrência para o evento que venha decorrer do tratamento, através dos registros mencionados, que associados à aplicação do princípio da equidade, permitirá ao magistrado que decida, em cada caso, de acordo com a carga probatória que foi levada em consideração para a aplicação da norma jurídica correspondente, aproximando-se ao máximo do critério de justiça em eventual responsabilização, ou até, na sua excludente, se for o caso.

CONCLUSÃO

Com efeito, o estudo da responsabilidade civil suscita ainda muitas controvérsias quanto à responsabilização de determinadas especialidades na área da Odontologia Reparadora/Corretiva, em especial, quanto à natureza da obrigação a ser prestada, se de meio ou de resultado.

Todavia, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor prescreve em seu artigo 14, § 4º, que a responsabilidade do cirurgião-dentista, enquadrado como profissional liberal, deve ser apurada mediante sua culpa, o que não afasta a possibilidade da ocorrência da inversão do ônus da prova como meio de facilitação de defesa do paciente, razão pela qual deve comprovar que não agiu em desacordo com as normas técnicas e éticas no serviço contratado.

E é nesse sentido que esse prestador de serviços deve demonstrar, desde logo, a sua boa-fé, observando os princípios da transparência, da informação, tão logo estabelecida a relação com o paciente/consumidor, mantendo-o a par de todas as condutas a serem adotadas e seus efeitos, exigindo-lhe o dever de cooperação que deverá se perpetuar ao longo de todo tratamento, pois resta claro que a relação obrigacional, objeto do presente estudo, é essencialmente dinâmica, onde ambas as partes são protagonistas do resultado que se pretende obter, até mesmo porque não há

como tabular respostas orgânicas em se tratando da matéria prima sobre a qual se trabalha, que é o corpo humano.

Esse cuidado que é necessário à prestação do serviço contratado, levando-se em conta a sua natureza, aliado ao armazenamento do material (radiografias, laudos, modelos, fotografias, autorização, relatórios, etc.) que é obtido no decorrer do tratamento, se constitui em importante meio de prova a favor do profissional, mormente se houve participação do paciente para a concorrência do evento que frustrou as suas expectativas.

Dessa forma, ainda que haja a inversão do ônus da prova, ainda que a natureza da obrigação - de meio ou resultado - suscite controvérsias²⁵²⁶²⁷ quanto à apuração da responsabilidade do prestador de serviços odontológicos, não se pode esquecer que a observância pelo profissional às normas e aos cuidados mencionados, aliada ao fator álea²⁸ ou conhecido como imprevisibilidade que está presente nas intervenções Odontológicas, enquanto ciência inexata, constituem um importante meio da defesa desse especialista que, na pior das hipóteses, diminuirá o impacto causado em eventual responsabilização judicial.

É de bom alvitre lembrar que dentro de um processo que hospeda vidas humanas, as quais são atravessadas por inúmeros atos e fatos com consequências jurídicas, mais relevante que a norma e os estatutos jurídicos aplicáveis, há que se levar com conta, o bom senso, as regras de experiência comum, mas principalmente o fato de que o objeto desse estudo diz respeito a uma relação obrigacional dinâmica, em que a despeito da proteção a um sujeito vulnerável, entendido como paciente consumidor, existem direitos e deveres para ambas as partes que ao final se prestam a auxiliar o magistrado no seu convencimento sobre a solução mais equânime aplicável ao caso concreto.

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Ap. Cív. n. 1000.062324-1. Rel. Des. Rêmolet Letteriello. Disponível em: < <http://www.tjms.jus.br/>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ap. Cív. n. 70024663874. Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima. Disponível em: < <http://www.tjms.jus.br/>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ap. Cív. n. 70029951118. Rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca/> >. Acesso em: 27 nov. 2012.

²⁸GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica. As obrigações de meio e resultado: avaliação, uso e adequação*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 137.

REFERÊNCIAS

BESSON André. *La notion de garde dans responsabilité du fait des choses*. Paris: Dalloz, 1927.

BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cdc_L8078.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2012

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Ap. Cív. n. 1000.062324-1. Rel. Des. Rêmolo Letteriello. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ap. Cív. n. 70024663874. Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ap. Cív. n. 70029951118. Rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica*. As obrigações de meio e resultado: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOYERS, Robert E. *Ortodontia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

SILVA, DE PLÁCIDO E. *Vocabulário Jurídico*, 27. ed. São Paulo: Forense Jurídica, 2006.

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