

SÉRGIO AUGUSTO LIMA SOARES

Cirurgião Dentista e Advogado

**ODONTOLOGIA –
OBRIGAÇÃO DE MEIO OU RESULTADO?
A REALIDADE ATUAL NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Dissertação apresentada à
Faculdade de Odontologia de
Piracicaba da Universidade
Estadual de Campinas para
obtenção do título de Mestre em
Odontologia Legal e Deontologia.

PIRACICABA

2002

SÉRGIO AUGUSTO LIMA SOARES
Cirurgião Dentista e Advogado

**ODONTOLOGIA –
OBRIGAÇÃO DE MEIO OU RESULTADO?
A REALIDADE ATUAL NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Este exemplar foi devidamente corrigido,
de acordo com a Resolução CCPC-036/83
CPS. 07 / 04 / 2003
Assinatura do Orientador

Dissertação apresentada à
Faculdade de Odontologia de
Piracicaba da Universidade
Estadual de Campinas para
obtenção do título de Mestre em
Odontologia Legal e Deontologia.

Orientadora:

Prof^a Dr^a Dagmar de Paula Queluz

Banca Examinadora:

Prof^a Dr^a Dagmar de Paula Queluz

Prof. Dr. Eduardo Daruge Junior

Prof. Dr. Luiz Franceschini Junior

**PIRACICABA
2002**

UNIDADE	BC
Nº CHAMADA	UNICAMP 58118
V	EX
TOMBO BCI	54153
PROC.	124/03
C	<input type="checkbox"/>
D	<input checked="" type="checkbox"/>
PREÇO	R\$ 11,00
DATA	09/06/03
Nº CPD	

CM00185465-6

BIB ID 293705

Ficha Catalográfica

So11o Soares, Sérgio Augusto Lima.
 Odontologia – obrigação de meio ou resultado? A realidade atual no Estado do Espírito Santo. / Sérgio Augusto Lima Soares. -- Piracicaba, SP : [s.n.], 2002.
 xviii, 208p. : il.

Orientadora : Prof^a Dr^a Dagmar de Paula Queluz
 Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Odontologia de Piracicaba.

1. Odontologia legal. I. Queluz, Dagmar de Paula. II. Universidade Estadual de Campinas. Faculdade de Odontologia de Piracicaba. III. Título.

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Marilene Girello CRB/8-6159, da Biblioteca da Faculdade de Odontologia de Piracicaba - UNICAMP.



FACULDADE DE ODONTOLOGIA DE PIRACICABA
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS



A Comissão Julgadora dos trabalhos de Defesa de Tese de MESTRADO, em sessão pública realizada em 26 de Novembro de 2002, considerou o candidato SÉRGIO AUGUSTO LIMA SOARES aprovado.

1. Profa. Dra. DAGMAR DE PAULA QUELUZ _____

2. Prof. Dr. LUIZ FRANCESQUINI JÚNIOR _____

3. Prof. Dr. EDUARDO DARUGE JUNIOR _____

The image shows three handwritten signatures in black ink, each written over a horizontal line. The first signature is small and appears to be 'Dagmar'. The second signature is larger and more stylized, appearing to be 'Luiz Franceschini'. The third signature is also large and stylized, appearing to be 'Eduardo Daruge'. The signatures are written in a cursive, flowing style.



DEDICATÓRIA

Ao Pai

**"Que nos deu o Dom da vida,
Presenteou-nos com a liberdade,
Abençoou-nos com a inteligência,
Deu-nos a graça de lutarmos para a conquista de nossas
realizações.
A Ele cabe o louvor e a glória; a nos só cabe agradecer."
Rui Barbosa**

Ao Filho, ao Espírito Santo e a Nossa Senhora,

**Pela imensa luz, apoio e proteção em todos os momentos de
nossas vidas.**

AGRADECIMENTO ESPECIAL

**Ao Professor Doutor Eduardo Daruge pela oportunidade,
respeito, amizade e confiança sempre demonstradas.**

AGRADECIMENTOS

À Josiene, e aos meus filhos Sérgio Augusto e Luana, pelo amparo e refugio que facilitam todas as outras aquisições;

Aos meus pais e irmãs que são a origem e o apoio incondicional para que eu continue lutando;

Aos meus sogros e cunhados pelo apoio e consideração;

À tia Elânia, tio Toninho e ao Saulo por todo carinho demonstrado;

À Luís Renato pela oportunidade, apoio, ajuda e grande amizade que a cada dia mais se solidifica ;

À Romildo Rabbi, pela amizade demonstrada nos detalhes;

À José Carlos Nunes Paixão (Zé), meu amigo e sócio pelo apoio;

À Gildásio Klippel e família, (em especial ao Rodrigo) pela amizade e carinho;

Aos colegas da Odontologia Legal e do Direito;

À Marilene Girello e à Marcelo Alves (Siri) pela dedicação e carinho sempre presentes;

À minha orientadora, professora Doutora Dagmar de Paula Queluz por tudo que fez para que chegássemos a este resultado.

**"Os livros têm os mesmos inimigos que o
homem: o fogo, a umidade, os bichos, o
tempo e o seu próprio conteúdo"**

Paul Valery - 1871-1945 - Poeta Francês

SUMÁRIO

LISTAS	1
Lista de gráficos	1
Lista de tabelas	2
Lista de abreviaturas	3
RESUMO	5
ABSTRACT	7
1 INTRODUÇÃO	9
1.1 Breve histórico da responsabilidade civil dos profissionais da saúde	10
1.2 Direito comparado	18
1.3 Escorço histórico do direito brasileiro	20
1.4 Código de Defesa do Consumidor - CDC	24
1.4.1 Aplicação do Código	26
1.4.2 Princípios fundamentais do CDC	32
1.4.3 Responsabilidade civil do profissional liberal	39
1.4.4 Conceito de responsabilidade civil e disciplina do CDC	39
1.4.5 Disciplina da responsabilidade civil no CDC	45
1.4.6 Conceito de profissional liberal	53
1.5 Culpa <i>Latu Sensu</i> e Nexo Causal	57
1.5.1 Culpa	57
1.5.2 Ato e dano	58
1.5.3 Nexo causal	67
1.5.4 Culpa <i>Latu Sensu</i>	75
1.5.4.1 Dolo	79
1.5.4.2 Culpa <i>Strictu Sensu</i>	80
1.5.4.2.1 Imprudência	80
1.5.4.2.2 Imperícia	81
1.5.4.2.3 Negligência	82
1.5.5 Perdas e Danos	83

2 REVISÃO DA LITERATURA	89
2.1 Obrigações de meio e de resultado	89
2.1.1 Conceituação	89
2.1.2 Fundamentação da obrigação do cirurgião-dentista quanto à sua natureza (meio ou resultado)	99
2.2 Ônus da prova nas lides de consumo	108
2.2.1 Noções preliminares	108
2.2.2 Conceito de prova	112
2.2.3 Ônus da prova no processo civil	117
2.2.3.1 Conceito de ônus	117
2.2.3.2 Conceito de ônus da prova	118
2.2.3.3 A distribuição do ônus da prova	119
2.2.3.4 Funções do ônus da prova no processo civil (ônus subjetivo e objetivo da prova)	122
2.3 O ônus da prova no CDC	129
2.3.1 Considerações iniciais	129
2.3.2 Verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor	132
2.3.3 Momento da inversão do ônus da prova no processo que tutela relação de consumo	138
3 PROPOSIÇÃO	143
4 MATERIAIS E MÉTODOS	145
5 RESULTADOS E DISCUSSÃO	149
5.1 Distribuição da população pesquisada de acordo com seu local de atuação	150
5.2 Distribuição da população pesquisada de acordo com a natureza das instituições de ensino - pública ou privada	151
5.3 Junto ao CRO-ES	152
5.3.1 Número de denúncias de erro profissional	152
5.3.2 Número de processos ético disciplinares	153
5.3.3 Número de processos ético disciplinares julgados pelo CRO-ES	155

5.4 Processos com trânsito em julgado no TJES	157
5.5 Especialidades mais envolvidas em demandas junto ao CRO-ES	160
5.5.1 Quantificação das especialidades mais exercidas - apuradas junto aos cirurgiões-dentistas	160
5.6 Apuração da natureza da obrigação do cirurgião-dentista feita pelo CRO-ES	162
5.7 Associações entre variáveis relativas aos cirurgiões-dentistas	166
5.7.1 "Fez algum curso sobre responsabilidade civil nos últimos 3 anos?" x "Teve em seu curso de graduação a disciplina de Odontologia Legal?"	166
5.7.2 "Fez algum curso sobre responsabilidade civil nos últimos 3 anos?" x "Número de opções anotadas como de resultado nas diversas especialidades"	168
5.7.3 "Fez algum curso sobre responsabilidade civil nos últimos 3 anos?" x "natureza da instituição em que se graduou"	171
5.7.4 "Fez algum curso sobre responsabilidade civil nos últimos 3 anos?" x "Que locais atua?"	172
5.8 Caracterização da amostra quanto a busca de informações em curso de responsabilidade profissional	174
5.9 Caracterização da amostra quanto à existência da disciplina de Odontologia Legal na grade curricular de graduação	175
5.10 Análise estatística de diversos procedimentos realizáveis por cirurgiões-dentistas	177
6 CONCLUSÕES	183
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	185
ANEXOS	201

LISTAS

Lista de Gráficos

GRÁFICO 1- Porcentagem de homens e mulheres na amostra.....	150
GRÁFICO 2- Número de denúncias de erro profissional contra cirurgiões-dentistas protocoladas no CRO-ES nos anos avaliados.....	152
GRÁFICO 3- Número de denúncias contra cirurgiões-dentistas que evoluíram para processo ético-disciplinar.....	154
GRÁFICO 4- Número de processos ético-disciplinares julgados.....	155
GRÁFICO 5- Número de denúncias, processos e julgamentos ocorridos no CRO-ES entre os anos de 1996 e 2001.....	157
GRÁFICO 6- Porcentagens dos questionários que assinalaram sim, ou não para a realização de cursos nos últimos 3 anos em cada um dos grupos que tiveram ou não a disciplina de Odontologia Legal no curso de graduação.....	167
GRÁFICO 7- Porcentagens dos questionários que assinalaram sim, ou não para a realização de cursos nos últimos 3 anos em cada uma das opções anotadas como sendo obrigação de resultado nas diversas especialidades.....	170
GRÁFICO 8- Porcentagens dos questionários que assinalaram sim, ou não para a realização de cursos nos últimos 3 anos em cada uma das classes de natureza da instituição de ensino.....	171
GRÁFICO 9- Porcentagens dos questionários que assinalaram sim, ou não para a realização de cursos nos últimos 3 (três) anos em cada uma das classes de locais de trabalho.....	173
GRÁFICO 10- Porcentagens de profissionais que cursaram (Sim) ou não cursaram turmas de responsabilidade profissional.....	175
GRÁFICO 11- Porcentagens de profissionais que cursaram (Sim) ou não Odontologia Legal nos cursos de graduação.....	176

Lista de Tabelas

TABELA 1- Distribuição de questionários de acordo com o local de atuação dos entrevistados.....	150
TABELA 2- Caracterização da amostra, a respeito do tipo de instituição que os entrevistados estudaram	151
TABELA 3- Quantificação das especialidades mais exercidas pelos cirurgiões-dentistas.....	161
TABELA 4- Número de entrevistados relativo ao gráfico 9.....	173
TABELA 5- Distribuição de como a população pesquisada entende a sua obrigação.....	178

Lista de Abreviaturas

CC- Código Civil

CCB- Código Civil Brasileiro

CDC- Código de Proteção e Defesa do Consumidor(Lei 8078/90)

CFM- Conselho Federal de Medicina

CFO- Conselho Federal de Odontologia

CPB- Código Penal Brasileiro

CRO-ES- Conselho Regional de Odontologia do Espírito Santo

GRAF.- Gráfico

LICC- Lei de introdução do Código Civil Brasileiro

TAB.- Tabela

TJES- Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

v.g.- via de regra

RESUMO

O estabelecimento de um critério doutrinário cartesiano fundamentado, para que possa definir a obrigação do cirurgião-dentista quanto ao conteúdo é deveras importante no que diz respeito ao ônus probante. Pesquisou-se junto: ao Tribunal de Justiça; ao Conselho Regional de Odontologia e os cirurgiões-dentistas, todos no Estado do Espírito Santo, com o objetivo de definir qual o entendimento atual a respeito do conteúdo obrigacional e quais as normas legais balizadoras da atividade do profissional cirurgião-dentista. Concluiu-se ao final, que a obrigação do cirurgião-dentista está relacionada à previsibilidade científica de sucesso esperado no procedimento/especialidade, que os profissionais da odontologia em sua maioria não têm formação em Odontologia Legal e Deontologia; que o Conselho Regional de Odontologia do Espírito Santo não se preocupa em apurar a obrigação do cirurgião-dentista quanto ao conteúdo; que o número de denúncias administrativas contra o cirurgião-dentista, vem num crescendo ano após ano; que o número de processos e julgamentos administrativos são em número bem menor que o número de denúncias protocoladas junto ao Conselho Regional de Odontologia do Espírito Santo, em função do grande número de acordos que se verifica no *iter* processual; que na totalidade de demandas julgadas, o cirurgião-dentista foi julgado culpado; que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor derogou em várias situações o Código Civil Brasileiro; que a impessoalização do relacionamento entre paciente/profissional, a não utilização dos cuidados preconizados e a ausência da disciplina de Odontologia Legal e Deontologia, provavelmente contribuem em muito para o incremento de lides; que sempre caberá ao julgador a análise do caso em concreto.

ABSTRACT

The establishment of a based Cartesian doctrine criteria, in order to define the obligations of the dentist related to its contents is very important concerning to the probating onus. It's been researched in the Court; council of odontology and the dentists, all of them in Espírito Santo to know what is the nowadays understanding related to the obligatinal contents, and what are the legal rules of the professional activity of dentistry. It's been realized that the obligation of the dentist is related to the scientific probability of the expected success of procedure / specialty; that the professional in the field of dentistry don't have in a great majority graduation in legal odontology and deontology; that the council of odontology doesn't worry in finding out the obligation of the dentist related to his contents; that the number of administrative denunciation against dentist is increasing every year ; that the number of process and judgment is fewer than the number of the registered denunciation in the council of odontology , because of the great number agreement. Which in the majority of the dentist was judged guilty; that the consumer's rights code suppressed several situation of CCB, that the relationship impersonalisation between the patient / professional , the not utilization of the approved cares and the absence of the legal odontology and deontology, probably contributes very much for the increase of the cause which always compatible to the judge the analysis of the fact.

1 INTRODUÇÃO

Alguns autores procuram estabelecer a obrigação dos profissionais da saúde como sendo, ora uma obrigação de meio, ora de resultado, sem no entanto fundamentar sua posição em critérios científicos cartesianos.

A procura do estabelecimento de um critério cartesiano para se entender e estabelecer a obrigação dos profissionais da área da saúde, em especial do cirurgião-dentista, como sendo de meio ou de resultado é uma necessidade, posto que com tal critério, define-se a quem cabe inicialmente o dever probante da culpa, se ao profissional ou ao paciente.

A procura deste estabelecimento cartesiano, associado ao entendimento da doutrina, do Tribunal do Justiça do Espírito Santo (TJES), do Conselho Regional de Odontologia do Espírito Santo (CRO-ES) e do cirurgião-dentista quanto a sua obrigação, seja como de meio ou de resultado, é muito importante para que em eventuais conflitos cada sujeito da ação conheça os limites de seus direitos e obrigações na ordem social, tendo em vista que na atualidade, há aparente elevação do número de demandas por responsabilização profissional envolvendo o profissional da área de saúde, no polo passivo da ação.

Dada a importância acima relatada, nosso trabalho propõe informar os profissionais da área de saúde, em especial o cirurgião-dentista, a respeito do tema, analisando qual o entendimento atual sobre a atividade desses profissionais no Estado do Espírito Santo nos seguintes níveis: doutrinário; administrativo (CRO-ES); judicial (TJES) e pessoal coletivo dos cirurgiões-dentistas, frente aos riscos a que estão expostos, em decorrência dos altos valores de indenização por responsabilidade civil profissional, que vem num crescendo em todo mundo.

1.1 Breve histórico da responsabilidade civil dos profissionais da saúde

A responsabilidade civil é o tema geral de nosso estudo. É o instituto jurídico que pretendemos aplicar às relações advindas da prestação de serviços por um profissional da odontologia, designado “cirurgião-dentista”.

É a responsabilidade civil do cirurgião-dentista um tema não tão antigo quanto o da responsabilização dos profissionais da medicina, pelos danos gerados por seus atos. Tal situação se explica pela maior possibilidade lesiva que pode advir de uma intervenção médica *strictu sensu*, relativamente ao maior bem jurídico tutelado pelo direito à vida. Basta para tanto lembrar que os barbeiros, na Idade Média, exerciam os misteres dos cirurgiões-dentistas, sendo conhecidos como "sangradores", época em que a profissão de médico já fora há muito estabelecida, embora ainda fossem utilizados métodos rudimentares.

Por essas razões primordiais é que encontramos, tanto na história como na doutrina jurídica, maior enfoque à responsabilização do médico do que a responsabilização do cirurgião-dentista.

E é justamente por esta sorte de considerações que empreenderemos um breve esboço da história do desenvolvimento da responsabilidade civil médica, de forma geral, visto que o que nos interessa, primordialmente, é o desenvolvimento dos institutos jurídicos e não propriamente o nascer da odontologia. Porém, em tempo, esclarecemos que para maiores informações a respeito do desenvolvimento da profissão de cirurgião-dentista vide SAMICO¹, 1992; PRUX, 1998. Não obstante a assertiva de que procuramos um breve

¹ SAMICO, A. (Professor titular aposentado da UFPE). Palestra pronunciada no Centro de Ciências da Saúde da UFPE, em sessão realizada em 23.10.92, comemorativa ao Dia do Cirurgião-Dentista.

esforço da responsabilidade civil médica, buscaremos, sempre que possível, a especificação do tema, trazendo-o para a seara da odontologia.

Os procedimentos médicos, em seus primórdios, constituíam-se de práticas empiristas e sacralizadas, de competência dos curandeiros, pajés, sacerdotes. A doença e a morte, eram obras dos deuses, inevitáveis provações por que passavam os seres humanos. Assim o era, por exemplo, no Egito, na Mesopotâmia, no nascer das sociedades européias e, em um tempo muito posterior, na América pré-colombiana.

Essa percepção da responsabilização daqueles que laboravam pela cura das enfermidades passou então a ser preocupação de diversos códigos de leis, até então incipientes. Segundo SAMICO (1992), Hamurabi, "formulou o corpo legal, que na verdade não é o mais antigo texto conhecido a tratar do tema, já que antes dele outros vieram à luz, como o de Drukagima de Lavas, (...) o de Lipt-Istar de Isin, bem como a coleção de leis do Rei Ur-Namum (...) que são mais antigos, nos quais os dentes e a face foram referidos." Ainda de acordo com o mestre pernambucano, na Bíblia, no Antigo Testamento, Livro II do Êxodo, repousa este versículo "Mas se resultar desgraça, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, contusão por contusão." E também este versículo: "Quando alguém ferir o olho de seu escravo ou de sua escrava, inutilizando-o, ponha-o em liberdade, em compensação ao seu olho. E se quebrar um dente de seu escravo ou escrava, deixa-los-à em liberdade em compensação de seu dente." Demonstra assim a história que o dente era considerado de tão grande importância como o olho e a mão, e sua perda somente poderia ser reparada com a liberdade.

Situação interessante ocorria no Egito, onde o médico possuía *status* religioso, não sendo responsável por quaisquer mortes, desde que respeitasse as

regras estipuladas para os procedimentos ou para o exercício da profissão. Caso constataste sua culpa, todavia, o delito era pago com a própria vida.

Na Grécia, no século V a. C, é que iremos encontrar o primeiro estudo que teve por objeto a medicina, a escola hipocrática. Sabe-se que até hoje os formandos em medicina recitam, no momento da colação de grau, o Juramento de Hipócrates, que pauta o exercício da profissão pela ética e pelo apego à vida e à sua preservação.

LUTZ (1938), citado por FRANÇA (1993), foi o primeiro a elaborar trabalho sobre o tema de responsabilidade no Brasil e se refere ao código de Hamurabi como sendo a primeira codificação que considerou a culpa dos profissionais.

No entanto, à medida em que a vida foi se refinando e novas soluções foram sendo encontradas, as práticas médicas foram se desenvolvendo, gerando verdadeira laicização e cientificação da medicina e da consciência da responsabilidade do profissional.

FÁVERO (1991), afirmou que em Roma surgiu a responsabilidade sem dolo ou seja, a responsabilidade decorrente de culpa *stritu sensu*, e é em Roma, marco do direito ocidental, que podemos encontrar as bases do sistema de responsabilidade civil, podendo ser citados como seus diplomas formadores a Lex Cornelia, a Lex Juliae e a Lex Aquília.

ROMANELLO NETO (1998), cita que o tribuno da plebe Aquílio, fez votar plebiscito com o fim de proteger os plebeus contra os prejuízos que lhes causavam os patrícios nos limites de suas propriedades. A Lex Aquília teve como principal virtude a substituição das multas fixas por uma penalidade proporcional ao dano causado. A Lex Aquília, talvez a mais fulgurosa lembrança em matéria de

responsabilidade civil, inclusive inspiradora do termo “responsabilidade aquiliana”², trouxe consigo a primária conceituação ou configuração do conceito de culpa. O mesmo diploma também traz rudimentos da responsabilidade médica.

BITENCOURT (2000) em sua obra, assevera que a Lex Cornelia preocupava-se com as infrações penais praticadas nas relações interpessoais dos cidadãos, como as de cunho patrimonial, pessoais. A Lex Juliae, preocupava-se com as infrações penais cometidas contra o Estado, seja pelos particulares ou pelos administradores, além de crimes como seqüestro, estupro, etc.

Percebe-se portanto, que paulatinamente foi-se formando o conceito de culpa, que acompanhou o tema da responsabilidade civil, de forma imanente durante muitos e muitos anos, e que continua presente, até os dias atuais, na regra geral de nosso sistema, no que diz respeito aos profissionais liberais de forma geral, aí incluídos os cirurgiões-dentistas, conforme teremos oportunidade de destacar logo em seguida neste trabalho, onde nos ocuparemos do conceito de culpa, tendo como referência, dentre outros, FORCHIELLI (1968); MAZEAUD (1977); VARELA (1982).

ALVIM (1965), em sua magnífica obra, dispõe que "a responsabilidade civil, em face da teoria clássica, pressupunha a culpa".

No desenvolvimento da responsabilidade civil em Roma, tem-se o momento crítico em que as penas passaram a incidir sobre os erros médicos, devido à atuação de cidadãos gregos inabilitados para o exercício da tarefa médica. Quem conhece Roma e as ruínas do Palatino percebe que, pela indicação das placas presentes no local, eram precárias as condições de vida dos gregos que habitavam a grande metrópole do mundo antigo, o que vem a corroborar a rusticidade do serviço por eles prestado.

² A responsabilidade aquiliana também é denominada delitual ou extracontratual.

A responsabilidade civil, a necessidade de reparação dos danos inferidos a determinada pessoa, como fenômeno social potencializado pelo direito, enfrentou diversos reveses em toda a história de sua construção que, desde cedo, como colocamos, trazia consigo ínsita a idéia da culpa.

Assim, na França, em princípios do século XIX, quase desaba a doutrina da responsabilidade jurídica médica, devido à “teoria da responsabilidade eufemística”, teoria da ausência da responsabilidade, representando esse período a grande derrocada da responsabilidade médica. Neste sentido DIAS (1960).

Aliava-se à essa doutrina o pérfido corporativismo dos profissionais da área médica, que antes de agirem com parcimônia e probidade, procuravam a pura e simples proteção de seus párias, gerando situações odiosas.

Esse quadro começa a se reverter em 1832, a partir de um caso assustador, em que um malfadado Dr. Heile amputou os dois braços de um bebê para fazer seu parto³, situação absurda e que causa ojeriza até ao mais experimentado legista. A partir desse tresloucado malogro médico surge a doutrina do procurador Dupin, que era o titular da ação de reparação movida em face do ignóbil citado, no sentido de que a negligência e a imprudência ou imperícia seriam motivos ensejadores da responsabilidade por danos médicos. Hoje, na França, é rigorosa a aplicação da responsabilidade médica.

³ A teratologia citada me faz recordar de um incidente, que me foi relatado por familiares, recentemente, envolvendo o parto de uma brasileira na Suíça, país tido em todo o mundo como modelo de eficiência e solicitude no que tange aos serviços públicos. Procurando-se evitar ao máximo o parto por cesariana, o que geraria mais altos custos para o Estado, os médicos efetuaram-no pelo método da sucção do neófito, em lapso temporal muito superior ao do rompimento da bolsa, que gerou três paradas cardíacas no rebento e diversas outras preocupações posteriores. Caso danos severos sejam imputados a essa criança, caberá indenização por parte dos responsáveis pelo parto? Será responsável o Estado?

FÁVERO (1991), considera em sua obra a teoria da irresponsabilidade como absurda, afirmando que os argumentos médicos que defendem este posicionamento são infundados, uma vez que os juizes se manifestam apenas depois de ouvir as partes, além dos peritos, sendo os profissionais médicos apenas responsabilizados em presença de culpa. Afirma também que havia em seu tempo certa condescendência com os médicos. O autor ressalta a importância do ensino da Odontologia Legal para que se evite responsabilização do profissional.

O desenvolvimento continuado da responsabilidade civil passa a gerar, inclusive, teorizações que buscam uma maior objetivização de sua aplicação. Podemos destacar, dentre as construções doutrinárias francesas sobre o tema, a da *“perte d’une chance”*, segundo o qual, se o profissional perde uma chance de salvar uma vida, v.g., mesmo que de forma tênue, deve ser responsabilizado, primeiramente aplicada em 1965, conforme cita MAGALHÃES (1985). Esta autora a define como a admissão da culpa médica na hipótese de comprometimento das chances de vida e da integridade do paciente. Decorre a culpa justamente da perda, por parte do médico, da única chance possível para a sobrevivência do moribundo.

As novas necessidades e características da sociedade a conduzem a uma massificação das relações jurídicas, que perdem seu caráter de personalidade e objetivam-se, mecanizam-se. Conforme assevera FABRÍCIO (1993) “os mais importantes e desafiadores problemas que se propõem ao jurista de nossos dias decorrem da massificação. As relações de troca intensificaram-se; populações inteiras, antes postas à margem do comércio jurídico, entraram a participar dele; (...) multiplicou-se a produção de bens e de serviços para corresponder a essa demanda incessantemente expandida (...)”. Acompanhando essa tendência social, o direito, que é seu instrumento regulador, tende a paulatinamente excluir a culpa como pressuposto onipresente da responsabilidade civil.

Em tempo, estamos com RODRIGUES (2001)⁴, que ao comentar sobre o tema das ações coletivas, ressaltou uma das mais prementes características do direito, que é a busca pela regulamentação da sociedade, estando o direito sempre em retardo, esperando para que dado fato da vida social se consuma e se estabeleça para que possa, então, ser normatizado. Por isso, ainda hoje, em uma sociedade cada vez mais qualificada pelos fenômenos de massa, que agigantam e “pasteurizam” as relações jurídicas, ainda persiste a responsabilidade civil com base na culpa *latu sensu*.

São as teorias objetivas, portanto, uma resposta às mudanças sociais.

Segundo o alvitre de KFOURI NETO (1998), há dois tipos de responsabilidade objetiva: aquela que prescinde totalmente do elemento culpa e aquela em que este é presumido. Discordamos da opinião do autor, pois que, em que pese a presunção de culpa trazer uma grande aproximação em relação à teorização objetiva, é ainda necessária a existência do elemento culpa, que se comprovar não existir, elide a responsabilidade.

Da mesma opinião DIAS (1960), que assevera em sua clássica obra “... não confundimos, pelo menos propositadamente, os casos de responsabilidade objetiva com os de presunção de culpa. Na realidade, como já tivemos ocasião de dizer, o expediente da presunção de culpa é, embora não confessem os subjetivistas, mero reconhecimento da necessidade de admitir o critério objetivo. Teoricamente, porém, observa-se a distinção, motivo por que só incluímos como casos de responsabilidade objetiva os que são confessadamente filiados a esse sistema”. A presunção da culpa, portanto, pode até ser um caminho necessário para a adoção da teoria objetiva que do elemento anímico prescinde para a aferição da responsabilidade, mas ainda não configura a objetividade.

⁴ RODRIGUES, M.A. Palestra proferida dia 23.11.01, durante o II Encontro de Direito Processual Civil, Vitória, ES, Centro de Convenções.

Nas teorizações objetivas, sequer se fala em culpa, sendo pertinentes para a observância da responsabilização civil somente os fatores ação, dano e nexos causal.

A teoria objetiva também é conhecida pela alcunha de "teoria do risco", nas modalidades do risco criado e do risco proveito haurido da ação.

Conforme teremos oportunidade de frisar, mais adiante, o CDC, regra que atualmente rege a responsabilidade civil dos profissionais liberais, aí incluídos os cirurgiões-dentistas, agregou como norma geral, no que tange ao instituto jurídico estudado, a teoria do risco objetiva. A exceção à regra, no entanto, se faz somente no caso dos profissionais liberais, que continuam sendo, enquanto atuando como tais, responsabilizados mediante a aferição de culpa. A manutenção da regra clássica, no entanto, não importou em estagnação das prescrições legais, que trazem importantes avanços no que condiz à proteção dos clientes contra atos danosos dessa categoria.

Quem defende a adoção da teoria objetiva para a responsabilidade dos profissionais da área de saúde, dentre eles o cirurgião-dentista, por óbvio, o faz nos termos da doutrina da culpa presumida, que em verdade não é objetiva, visto ser a teoria do risco ainda não completamente assimilável no campo da saúde, por suas peculiaridades. Neste sentido DIAS (1960).

A culpa presumida surge como uma alternativa para a responsabilidade civil do cirurgião dentista principalmente devido à construção doutrinária de DEMOGUE (1925), que caracterizou as obrigações, quanto ao seu conteúdo, em obrigações de meio e resultado. Nessas últimas, por ser objeto final do contrato a obtenção do resultado estipulado, ter-se-ia presunção da culpa do devedor se esse não se produzisse. Trataremos com mais apuro do tema quando versarmos sobre as obrigações de meio e de resultado.

Voltando-se à nossa crítica, o que se defende não é uma objetivação da responsabilidade, mas mera inversão do ônus probatório da culpa, que é o elemento de mais difícil aferição quando se intenta verificar a responsabilidade de um profissional da área de saúde. Por se tratar o paciente de figura hipossuficiente em face dos específicos conhecimentos do prestador desses serviços, que o caracteriza como profissional liberal, é que se deve conceder a inversão do ônus *probandi* da culpa, o que já é previsão expressa do CDC, que revogou as antigas normas do CCB, no que diz respeito à responsabilidade civil dos cirurgiões-dentistas, em seu art. 6º, na hipótese supra citada de hipossuficiência do demandante ou se for verossimilhante sua alegação.

São teorias objetivas espaiadas em ordenamentos estrangeiros: a já mencionada “*perte d’une chance*”, segundo a qual a responsabilidade do médico pelo dano pode até não ser direta, mas a perda de uma chance de deter aquele quadro já denota responsabilidade; e a teoria da “*res ipsa loquitur*” – a coisa fala por si própria. É uma espécie de presunção de culpa do médico, ou seja, dentro da nossa crítica, teoria subjetiva, mas assemelhada à teorização objetiva verdadeira.

1.2 Direito comparado

Os aspectos acima mencionados representam a dialética social que culminou com as normas jurídicas relativas à responsabilidade civil, plasmadas nos mais diversos estados de direito, que em sua maioria adotaram como regra a teoria da culpa subjetiva, ou seja, responsabilidade civil auferível mediante a existência dos elementos ou pressupostos da ação, culpa, dano e nexos de causalidade entre o primeiro e o terceiro elementos.

ITURRASPE (1979), assevera que a conduta culposa do médico, se gerar danos, pode gerar responsabilidade.

KFOURI NETO (1998), em precisas palavras diz que “o princípio da responsabilidade aquiliana, advindo do Direito Romano, continua a ser o mesmo em todas as codificações dos povos cultos”.

Nesse sentido, o Código Civil Francês adotou a teoria da responsabilidade médica pelo critério subjetivo, em seu art. 1.382, que é norma geral aplicável às lides indenizatórias por dano em serviço médico e odontológico. Também o CC alemão, em seu § 823 trata da responsabilidade por culpa e no § 276 traça critérios para a aferição desta culpa.

O CC português também assume como regra a responsabilidade subjetiva, prescrita em seu art. 483. A aferição da culpa aparece descrita na norma do art. 487.

Os Estados Unidos e a Inglaterra, países de tradição jurídica (*common law*), por não terem norma geral sobre a responsabilidade, criaram sua teorização partindo de casos concretos. Hodiernamente, sabe-se serem os Estados Unidos da América o paraíso das indenizações milionárias por erro dos profissionais de saúde.

Os milionários valores alcançados pelas indenizações, em solo americano, são explicados, genericamente, por duas situações: a primeira é a de que vigora em sua doutrina um entendimento mais acentuado de que a indenização, além de seu valor reparatório das perdas e danos, deve ser exemplo social, para a coibição de atos gravosos ao patrimônio; a segunda seria uma consequência da própria força econômica do capitalismo ianque, que possui os mais prósperos conglomerados econômicos do mundo, e que somente são atingidos “onde mais dói”, ou seja, “no bolso”, pela fixação de altíssimas quantias. Vide, comprovando o asseverado, os exemplos das demandas que declararam o dever das fabricantes de cigarro em indenizar as pessoas prejudicadas pelo fumo;

e as demandas que condenaram, com fixação de indenizações relevantíssimas, os fabricantes de silicone para implante, casos notórios entre todos nós.

Contrastando com o sistema jurídico de base capitalista, o sistema jurídico soviético, de caráter intrinsecamente socializante e igualitário, pelo menos em teoria, também leva em consideração, na determinação do *quantum* de indenização, a condição econômica do lesado e do agente lesante, tendo por critério para a responsabilização, a culpa.

Vige também na Suíça a responsabilidade subjetiva, segundo o art. 41 de seu CC, situação que se repete no modelo italiano (art. 1.227) e espanhol (arts. 1.092 e 1.101 do CC).

1.3 Escorço histórico do direito brasileiro

O Brasil, país colonizado por Portugal há quinhentos anos, possuía um desenvolvimento nanico em matéria jurídica até meados do século XIX, visto que até esse período assimilava basicamente a legislação portuguesa, que não podia ser considerada um primor, sendo o Estado Português, a essa altura, decadente na Europa.

Vigiram no Brasil, durante muito tempo, as Ordenações do Reino, que traziam disciplina confusa, como nos lembra DIAS (1960), ordenações estas nas quais se misturavam conceitos de reparação, pena e multa.

Subseqüentemente, com o advento do Código Criminal de 1830, previu-se a responsabilização civil advinda do delito, em seus arts. 21 a 32. Logo em seguida surgiu a sempre lembrada Consolidação de Leis elaborada por Teixeira de Freitas e a de Carlos de Carvalho, que nos dizeres de DIAS (1960) "revelaram o interesse crescente pela solução e, até, em certos casos, principalmente o

trabalho genial do primeiro, levavam vantagem sobre o Código Civil" , de 1916, uma vez que não continha dispositivos de origem jurisprudencial de fundo anacrônico.

O CCB em vigor adotou para o tema da responsabilidade civil a teoria da culpa, em suas modalidades contratual e extra-contratual, em seus artigos 159 e 1.056. No novo Código Civil (Lei 10.406/02) seus correspondentes são os artigos 186 e 927, respectivamente, onde o legislador previu no parágrafo do último artigo a responsabilidade civil objetiva "(...) 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."

A responsabilidade civil do cirurgião-dentista, que é vista por toda a doutrina como sendo contratual, também mereceu menção expressa. Está contida no art. 1.545, do CCB, que declara "Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento".

A leitura do artigo de lei transcrito é interessantíssima por denotar o desprestígio do cirurgião-dentista em fins do século XIX e início do século XX. Note-se que, daqueles citados no taxativo rol do art. 1.545 CCB em vigor, é a atividade do cirurgião-dentista a última das ocupações lembradas, vindo depois até da parteira, que à época era figura social importantíssima, mas que, como é sabido, não necessitava ter qualquer qualificação, ordinariamente. Quantos daqueles que hoje estão na casa dos 50 anos não tiveram seu parto auxiliado por uma parteira? Pois bem, é esse diploma caquético que alguns ainda pretendem sustentar ser vigente no que tange à responsabilidade do cirurgião-dentista, mesmo com o advento do moderno CDC.

O novo Código Civil (Lei 10.406/02) o artigo 1545, do Código Civil de 1916, encontra correspondente no artigo 951 onde o legislador considera genericamente todas as profissões.

As regras do CCB em vigor, regulamentaram a responsabilidade civil do cirurgião-dentista até 1991, ano em que entrou em vigência o CDC, que tem aplicabilidade extensiva a todas as controvérsias nas quais configure uma relação de consumo, que é a relação que se dá entre fornecedor e consumidor, personagens jurídicos que definiremos oportunamente com mais precisão, mas que podemos, desde já afirmar, englobarem o cirurgião-dentista, como prestador de serviços (uma das modalidades de fornecedor) e o seu paciente (receptor final do serviço). Neste sentido NERY JÚNIOR (1992 a).

MANUCCI (2000)⁵ define que a importância de se identificar uma relação de consumo dentro de um negócio jurídico está no fato de poder se estabelecer com precisão a competência para a incidência do CDC como corpo legal para dirimir os conflitos, pois se configurada tal relação o consumidor poderá experimentar todas as vantagens relativas à sua aplicação.

Quem ainda defende a aplicação do CCB não conseguiu se aperceber da importantíssima guinada que foi dada com a chegada do CDC, que passou a reger as situações de prestação de serviços, em que se enquadram perfeitamente aqueles da área médica, como os serviços fornecidos por anestesistas, odontólogos e médicos, como ressaltado por NERY JÚNIOR (1992a), revogando

⁵ <http://www.jus.com.br>

as disposições em contrário⁶ e aquelas de conteúdo conflitante⁷, no concernente à essas relações, espécies do gênero “relação de consumo”.

MARQUES (1992), ensina que o CDC, no esteio das transformações sociais que tomam de assalto nossa sociedade, impondo um modelo massificado para nossas relações sociais, em que o sinalagma, a livre negociação e a paridade contratual distanciam-se em crescente velocidade, veio atender aos reclamos por uma tutela jurídica consentânea e que não mais podia ser inteiramente realizada por um monumento legislativo do final do século XIX⁸. Diz-se massificado pois com a edição da Lei 9.656, de 31 de junho de 1998, que trata da regulamentação dos planos de saúde, em seu artigo 1º inciso I, demonstra, em nossa opinião, que a referida lei é mais um indicador de que os serviços médicos, dentre eles relacionados os serviços odontológicos, são tratados como serviço de massa ou seja de forma mais impessoal.

Pretendemos, a partir de agora, demonstrar que a responsabilidade civil do cirurgião-dentista está regulamentada única e exclusivamente no CDC, principalmente no art. 14 § 4º, que estabelece sua disciplina principal, e nas suas demais normas, que trazem diversas novidades para a tutela das relações enfeixadas entre cirurgiões-dentistas e seus clientes ou pacientes.

⁶ O próprio CDC, em seu art. 119, estabelece que estão revogadas todas as disposições contrárias a ele.

⁷ Prega a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 2º, § 2º que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

⁸ Sabe-se que, embora o CCB somente tenha sido aprovado no ano de 1916, seu projeto data da última década no século dezenove, sendo seu principal artífice o ilustre Clóvis Bevilacqua.

1.4 Código de Defesa do Consumidor

O CDC é um diploma legal, em todas as suas medidas, contemporâneo, visto trazer um novo enfoque ao Direito.

O mundo, após o período das duas grandes guerras, percebeu que a discórdia e a intensa disputa territorial que haviam patrocinado gerou imensa dor e destruição, e que sua continuação culminaria com o fim da própria humanidade. Por isso, de forma paulatinamente crescente, buscou uma maior integração entre as diversas nações, num fenômeno de estreitamento de laços que, aliado à tecnologia, gerou o que hoje denominamos globalização.

A mundialização do comércio, o aumento do poderio das grandes empresas, o crescimento da demanda por bens e serviços e a influência dos países mais sólidos economicamente, foram situações decisivas para uma uniformização de padrões em escala mundial.

Hoje em dia vê-se que a moda consumida no Brasil é a mesma da Europa, assim como os carros, computadores, dentre outros bens e serviços. O inglês é o idioma oficial do mundo.

Todas as relações jurídicas que firmamos em nosso dia-a-dia se agigantam e tomam proporções sublimadas. Não mais fazemos nossas compras em pequenos mercados, mas sim em hipermercados, de propriedade de conglomerados econômicos; quando queremos comprar um presente vamos aos portentosos shopping-centers; se queremos possuir uma conta-corrente recorreremos às redes bancárias, com tentáculos em todo o Brasil e até mesmo fora dele; se queremos incrementar nosso poder de compra contratamos com operadoras normalmente internacionais; se necessitamos de um seguro, recorreremos a companhias vigorosas no mercado; e se necessitamos de serviços

médicos, e temos condições de pagá-los⁹, normalmente nos dirigimos aos planos de saúde.

Percebemos, então, uma certa impessoalização, verdadeira padronização e massificação de nossa sociedade, que passa a se relacionar juridicamente nesses termos, agigantando também suas mazelas e exigindo proteção em relação a isso. Dessa situação surge um patente desequilíbrio econômico entre os atores da vida social e, a coletivização dos problemas.

Sobre o tema do desequilíbrio nas relações sociais modernas, principalmente as contratuais, é brilhante o parecer de PEREIRA (1959) onde pontifica o eminente civilista que “o princípio da liberdade contratual não é, e não pode ser, absoluto. Sofre a influência das idéias protecionistas, que alargam o campo de incidência da intervenção do Estado na vida das convenções”. Essa realidade social, anotada pelo ilustre jurista há mais de 40 anos, foi plasmada no CDC, diploma jurídico regulamentador da sociedade do século XXI.

Justamente para prover a tutela dessa moderna sociedade é que vem dar o CDC proteção às relações de consumo, que são as que denotam maior aptidão para a revelação das situações descritas, em seus aspectos material e processual, e subsidiariamente a outros interesses e direitos coletivamente observáveis, criando uma estrutura processual meta-individual.

⁹ Nos utilizamos desse condicionamento para que nos lembremos do absurdo que é pagar uma das maiores quantias em impostos, diretos e indiretos, do mundo, e possuir uma saúde pública tão precária como a nossa.

1.4.1 Aplicação do Código

O advento do CDC representou verdadeira revolução no trato de diversas relações jurídicas que outrora eram regidas pelo CCB e pelo Código Comercial, de forma inadequada, devido a peculiaridades que não poderiam ser previstas, uma vez que não eram vividas, à época da promulgação dos citados diplomas.

MARQUES (1992), escreveu a respeito das novas regras impostas pela Lei 8078/90 para relações contratuais.

NERY JUNIOR (1992a), abordou aspectos de processo civil a respeito do CDC.

BAYEUX FILHO (1993), discutiu amplamente sobre o âmbito de aplicação do CDC, a semelhança de LUCCA (1993).

SÉLLOS (1994), estudou responsabilidade do profissional liberal pelo fato do serviço, no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Essa inovação, até os dias presentes, não foi totalmente entendida por todos os operadores do direito, que não se deram conta da revogação de todas as normas anteriores e que, de uma forma ou de outra, regulamentavam as relações jurídicas que hodiernamente dizemos ser de consumo.

RODRIGUES (1995), eminente processualista capixaba, em dissertação de mestrado, tece contundente crítica àqueles que não conseguiram perceber a realidade social que culminou por gerar a necessidade de um diploma como o CDC, voltado à tutela de relações jurídicas pautadas por uma presente desequiparação entre contratantes, fruto de uma nova realidade gerada pelo que

ORTEGA Y GASSET (1956), citado por ele, denominou rebelião de massas. São suas palavras “os chamados ferozes civilistas, defensores de um diploma preparado para o início do século passado, tornam-se, nos dias de hoje, verdadeiros combatentes da sombra e do desconhecido, agarrando-se às suas verdades em rituais de idolatria, tentando de todas as formas exorcizar o que, de efeito, nem de vanguarda se trata, utilizando-se, para tanto, de maneira ilegal, de uma lógica identitária, formal e positivista, que já não existe mais”.

NERY JUNIOR (1992b), também neste sentido leciona que “o sistema da responsabilidade civil do CDC modificou sobremodo o direito brasileiro no que pertine à matéria, conclamando a atenção do intérprete para que não sejam transportadas, indevidamente, as regras da responsabilidade subjetiva do CCB que, à evidência, não se aplicam às lides de consumo por completa incompatibilidade entre os dois sistemas, diametralmente opostos”. Mesmo quanto à responsabilidade civil do cirurgião-dentista, que observaremos ser subjetiva, nos termos do art. 14 § 4º do CDC, existem fortes diferenças entre as prescrições do CCB e as do citado código, como, v.g., a hipótese da inversão do ônus da prova, que tornam inaplicável o primeiro.

A vigência das normas jurídicas em nosso sistema está regulada na conhecida Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) que, antes de ser norma exclusivamente voltada ao direito privado, é diploma que conforma todo o sistema nacional de direito positivo. Neste sentido GRINOVER (1999).

Diz-se que a LICC contém normas de sobre-direito, ou “direito tutelador do próprio direito”, visto que regulamenta a congruência de todo nosso sistema ou ordenamento jurídico.

Segundo seu art. 2º, § 1º *“não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. A lei posterior revoga a*

anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Essa revogação já referida foi expressa no CDC, nos termos do que estabelece seu art. 119, visando esparcar quaisquer dúvidas que pudessem perdurar sobre a aplicabilidade de suas regras a todas aquelas relações de consumo, que antes eram regidas pelos diplomas já existentes. Nesses termos é o ensinamento do saudoso BITTAR (1992), ao comentar sobre a aplicabilidade do CDC “com a vigência, penetraram suas regras imediatamente no plano jurídico-privado, nele integrando-se de pronto, seja revogando, seja derogando, conforme o caso, a legislação então imperante”. Em relação à disciplina da responsabilidade civil do cirurgião-dentista, tem-se que o CDC derogou o CCB, retirando a vigência ao art. 1.545.

Prescreve a norma da LICC citada, *in verbis* “*Revogam-se as disposições em contrário*”. Em assim sendo, todas aquelas disposições anteriores ao CDC e que regulavam hipóteses que hodiernamente são entendidas como sendo pertinentes a relações de consumo, passaram a ser regidas pelo novel diploma, deixando de vigir as vetustas regras, seja por serem contrárias ao novo diploma (CDC art. 119 e LICC art. 2º § 1º, segunda figura), seja por ter a Lei 8.078/90 regulamentado por completo a matéria pertinente às relações de consumo. Neste sentido RODRIGUES (1995).

A doutrina consumeirista é unânime ao ressaltar a dita revogação, de que tratamos no momento. Alguns dos juristas feriram a questão, que só não foi mais debatida pela própria claridade da dita revogação, expressa no CDC, como anteriormente dito. NERY JUNIOR (1992b) leciona que “a regra sobre a indenização no regime do CDC é a de que a responsabilidade é objetiva, fundada no risco da atividade. A exceção a essa regra vem expressa no art. 14 § 4º, do Código, quando diz que a responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva,

averiguada a título de culpa. Entretanto, a ação de indenização seguirá o sistema do CDC, podendo ocorrer a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Não é aplicável o art. 159 do Código Civil (...); também são oportunas as palavras de SÉLLOS (1994) "até o surgimento do CDC, o serviço prestado por profissionais liberais era regulado pelo CCB, e tratado na doutrina como obrigação de fazer, ou seja, atividade pessoal – física ou intelectual do contratado a prestar serviço ou realizar obra material, literária, artística ou científica, de interesse do contratante. (...) com isso, veremos, são esses profissionais sujeitos integralmente à norma consumeirista".

Corroborando nosso entendimento, trazemos o alvitre de NERY JUNIOR (1999a), ao asseverar que *"somente as relações de consumo, vale dizer, aquelas formadas entre fornecedor e consumidor, são regidas pelo CDC. Quanto a elas estão revogadas as normas do Código Civil, do Código Comercial e demais leis extravagantes, prevalecendo a norma específica do CDC"*.

BAYEUX FILHO (1993) estudou a aplicação ou não da lei nova, havendo, segundo ele, doutrina que advoga a sua aplicabilidade somente aos fatos a ela supervenientes. No entanto, existe doutrina que prega a imediata aplicabilidade da lei nova de ordem pública (*status* esse conferido às normas do CDC em seu art. 1).

Uma das relações jurídicas que passou a ser regida pelo CDC é aquela que vincula o profissional da odontologia a seu cliente, o primeiro genericamente denominado fornecedor de serviços, como profissional liberal que é, e o último consumidor. Desde a proteção contratual até a defesa de direitos em juízo, todas as nuances que envolvam a prestação de serviços odontológicos devem ser vistas e entendidas sob a égide do CDC. PRUX (1998), em obra que desce a fundo na análise da responsabilidade civil do profissional liberal, a partir de 1991 regida pelo CDC, embora deixe marcada a exceção do art. 14 § 4º, que define como subjetivo

esse dever jurídico, arremonta que “a legislação brasileira acertou ao não excluir a prestação de serviços por parte dos profissionais liberais do âmbito do Código de Proteção e Defesa do Consumidor”.

Nesses termos, não há mais que se falar na aplicação do art. 1.545 do CCB à obrigação do cirurgião-dentista de indenizar seu cliente, quando culpado de qualquer dano por este sofrido devido à prestação de um serviço profissional. Vigente e eficaz é a norma do art. 14, § 4º do CDC.

Como já mencionado anteriormente, recentemente foi aprovado o novo Código Civil (Lei 10.406/02), que em breve estará regendo as relações cíveis, mas mesmo frente ao novel diploma, as relações jurídicas entre os profissionais e seus clientes continuarão sendo regidas pelo CDC, devido ao princípio da especialidade da norma de direito de consumo, que inclusive foi prevista no parágrafo único do artigo 927 do novo Código Civil Brasileiro. Desta forma o CDC continuará a reger àquelas relações entre o profissional de saúde e seus clientes e somente em casos especiais, como o de atendimento não eletivo onde a obrigação é extra-contratual, onde o novo CCB será o diploma legal a ser observado em semelhança da atual norma civilista em vigor.

De forma a esclarecermos por que se trata essa relação entre cirurgião-dentista e cliente, de vínculo de consumo, definamos, com o auxílio da disciplina legal, o que seja fornecedor e consumidor.

Sempre se assevera não ser de boa técnica a inclusão, em lei, de definições. No entanto, estas justificam-se perfeitamente no diploma consumeirista visto ser ele verdadeira revolução no sistema jurídico nacional, representando a criação de mais um microssistema jurídico.

Fornecedor, nos termos do parágrafo 2º do art. 3º da Lei 8.078/90, “*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**” (grifo nosso), sendo serviço qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, **mediante remuneração** (CDC art. 3º, § 2º).*

Na letra do CDC em seu artigo 2º, por seu turno é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final.

Sobre a definição do conceito de consumidor é muito importante o alvitre de BOURGOIGNIE (1992), um dos maiores entendidos do tema, jurista convidado para participar das discussões preliminares à aprovação do projeto que culminou na Lei 8.078/90. Ressalta o doutrinador que “o consumidor é uma pessoa física ou moral que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço colocado no centro do sistema econômico por um profissional, sem perseguir ela própria a fabricação, a transformação, a distribuição ou a prestação no âmbito de um comércio ou de uma profissão”. Um esclarecimento meramente propedêutico diz respeito à utilização da expressão pessoa moral. É ela um termo, empregado no direito francês e português, por exemplo, sinônimo de “pessoa jurídica”.

Portanto, uma relação jurídica que um cirurgião-dentista e seu cliente firmem, de caráter oneroso, e com a finalidade de prestação dos serviços profissionais daquele, há de ser enquadrada como sendo de consumo, o que representa grande relevância jurídica para que se a enquadre como liame obrigacional regido pelo microsistema do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

O CDC traz, em seu bojo, uma sorte de regramentos que buscam tornar menos nefasta a diferença patológica que existe, na grande maioria dos casos, entre os meios econômicos, técnicos e científicos postos em prática pelo fornecedor, em face do consumidor.

Nesse sentido existir uma proteção contratual que favorece a interpretação pró-consumidor, a assunção, como regra geral, da responsabilidade objetiva, com a exceção dos profissionais liberais, e a facilitação da tutela jurisdicional, seja pela previsão de inversão do ônus da prova, seja pela ampliação da jurisdição civil coletiva muito bem lecionada pelo eminente processualista capixaba RODRIGUES (2000) que em sua obra tece comentários a respeito da jurisdição civil coletiva e seus princípios.

Desta forma, é iníqua qualquer opinião de que as regras anteriores ao CDC e que tratavam de problemas ora regidos por este, ainda continuam a vigir.

A nova sistemática legal, assente com a realidade social que nos circunda e que nos faz reféns de uma crescente e pujante massificação social, traz importantes mudanças, que fazem dela não somente um sucessor temporal, mas corroboram revolução que já se fazia necessária há um certo tempo.

Agora que tratamos, do tema da aplicabilidade do CDC às relações travadas com o cirurgião-dentista, passemos a estudar alguns dos mais peculiares aspectos e prescrições do novo diploma, e que fazem dele novidade bem vinda e necessária para a consecução da justiça e da paz social, situações obrigatoriamente presentes para o alcance de um desenvolvimento desejado ,por toda sociedade.

1.4.2 Princípios fundamentais do CDC

Todo sistema jurídico é fundamentado em princípios. São eles diretrizes indicadoras dos rumos e da própria compreensão das prescrições legais por eles informadas. Podem os princípios, segundo a prestigiosa lição de NERY JUNIOR (1992b), ser classificados como informativos e fundamentais.

Segundo o autor citado, princípios informativos “são considerados quase que como axiomas, pois prescindem de maiores indagações e não precisam ser demonstrados. Fundam-se em critérios estritamente técnicos e lógicos, não possuindo praticamente nenhum conteúdo ideológico”. São eles, v.g., o princípio lógico, o jurídico, o social, dentre outros tantos que informam a estrutura e a finalidade de um dado sistema jurídico.

NERY JUNIOR (1999b), elaborou estudo minucioso a respeito do tema dos princípios.

DINAMARCO (2000), tratando especificamente do direito processual civil, disserta fecundamente sobre seus princípios informadores, que ele denomina “escopos”.

A par desses princípios estão aqueles outros que carregam o próprio espírito ideológico do sistema, ou seja, decorrem de opções políticas do legislador, atadas à realidade que se buscou reger legalmente. São esses princípios denominados “fundamentais”, e espelham as próprias valorações consideradas para a produção de um dado sistema de normas.

Por representarem alvitre do legislador, em consonância com o que se espera do próprio direito, são os princípios fundamentais aqueles que, de forma direta, demonstram os lindes da sistematização realizada.

No CDC seus princípios fundamentais deveras visíveis principalmente por dois motivos: a peculiaridade do direito tutelado, como já demonstrado no tópico anterior; e a natureza do Código de microssistema legal, voltado para a tutela individual das relações de consumo e coletiva em geral.

NERY JUNIOR (1992b), assevera que “a tendência de hoje, porém, é diferente da ocorrida no século passado, pois se tem propendido para a adoção de microssistemas que atendam determinada situação jurídica, com visão de conjunto de todo o fenômeno e imunes à contaminação de regras de outros ramos do direito, estranhas àquelas relações objeto de regramento pelo microssistema”.

Encontram-se os princípios fundamentais traçados no art. 4º do CDC, que pedimos vênha para transcrever, de modo a que melhor conheçamos a disciplina genérica deste corpo de leis que hodiernamente rege as relações entre os cirurgiões-dentistas e seus pacientes:

“Art. 4º - A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

- a) por iniciativa direta;*
- b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;*
- c) pela presença do estado no mercado de consumo;*
- d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho;*

III- harmonização dos interesses dos participantes de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V – incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI – coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e a utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII – racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII – estudo constante das modificações do mercado de consumo."

Como se percebe pela leitura da norma citada, obedece a defesa do consumidor a uma série de ditames, dentre os quais pode se destacar a disciplina legal de sua vulnerabilidade; a supremacia do princípio da boa-fé e a grande participação estatal na regulamentação do mercado de consumo.

Como se sói observar, são esses princípios uma abstrata indicação do próprio conteúdo das normas de proteção ao consumidor que em seguida virão, sendo, portanto, seu arcabouço e fonte interpretativa maior. Nesse sentido não serem normas programáticas, mas sim efetivamente aplicáveis à realidade social, como nos adverte GRAU (1992).

Os princípios fundamentais do art. 4º, norteadores de todo o microsistema, são pela primeira vez explicitados no art. 6º do CDC, que sob a rubrica “Dos Direitos Básicos do Consumidor” prescreve:

“Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas de fornecimento de produtos e de serviços considerados perigosos ou nocivos;

II – a educação e a divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais e coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI – a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;

IX – vetado;

X – a adequada e eficaz prestação de serviços públicos em geral.”

CÁCERES (1994), analisa uma importante reminiscência histórica do citado artigo, ao dizer que “os dez incisos do art. 6º, que delineiam os direitos básicos do consumidor, correspondem na sua íntegra aos direitos do consumidor apontados na Res. 39.248 de 10.4.85 da ONU”. Percebe-se, portanto, a contextualização mundial de nosso diploma, que por essa e outras razões é considerado um dos mais modernos do mundo, já tendo sido modelo para legislações alienígenas como a mexicana. O diploma de defesa do consumidor mexicano, no que tange à previsão dos direitos básicos do consumidor, contém norma em tudo idêntica ao art. 6º da lei brasileira, à exceção da falta da previsão da inversão do encargo probatório, como já visto adotada no inciso VIII.

Esses direitos básicos do consumidor, que já são um estreitamento dos princípios fundamentais do Código, colacionados em seu art. 4º, englobam duas importantes previsões, para as finalidades de nosso estudo. São elas, as normas dos incisos VI e VIII do CDC, as quais versam sobre o tema do efetivo ressarcimento do dano provado pelo consumidor e da facilitação de seu ônus de se defender no processo civil, inclusive com a inversão do ônus da prova. KROETZ (1993), corrobora nosso alvitre, quando ao citar os incisos VI, VII e VIII do art. 6º, indica sua importância para a tutela jurisdicional do consumidor, em face de danos causados por fornecedores, como são os cirurgiões-dentistas, profissionais liberais. Leciona que “os direitos básicos do consumidor estão alicerçados nos arts. 1º a 7º do Código e dentre estes, enumerou-se acima aqueles que projetam os princípios gerais para o tema pertinente. Mais especificamente os que dizem respeito à efetiva reparação e prevenção dos direitos que tutelou, quer quanto à facilitação da defesa quer quanto ao acesso aos órgãos judiciários e administrativos”.

Comentando sobre o inciso VI, FILOMENO (1999), argumenta que “no campo da reparação, o que o Código se prontifica a fazer é dotar o consumidor, sobretudo organizado, de instrumentos processuais dos mais modernos e

eficazes, para que se dê a prevenção de danos, como já atrás assinalado, bem como sua reparação”. E justamente um dos mais eficazes expedientes da lei para esse desiderato é a norma do inciso VIII, que acolhe como direito básico do consumidor a facilitação de seu agir processual, inclusive com a inversão do ônus da prova.

É certo que a prova é o cerne da perfeita atuação do instrumento processual na pacificação social, visto que é ela que proverá a certeza necessária para que se dissipe a incerteza objetiva que ronda o mundo social, tanto em situações particulares e restritas como em outras de maior abrangência. Por essa sua premente importância na apuração da verdade é que deve ela ser utilizada da mais fecunda forma possível. E é justamente isso que se tentou com a edição da norma constante do art. 6º, VIII, entenda-se positiva ou não a solução. Neste sentido RODRIGUES (2000).

Toda a disciplina relativa à responsabilidade civil do cirurgião-dentista, enquanto profissional liberal prestador de serviços, e que será nos tópicos seguintes, há de ser correlacionada aos princípios acima transcritos, tornando consentâneas à própria idéia do código e suas previsões.

Adotando essa premissa é que adentraremos no estudo da responsabilidade civil do cirurgião-dentista, sua disciplina, caracterização e peculiaridades, dentre as quais deve se dar grande destaque à caracterização das obrigações do cirurgião-dentista, de acordo com classificação feita por DINIZ (1998), quanto ao seu conteúdo, como sendo de meio ou de resultado, e à disciplina do ônus da prova, que veio, afinal, a ser o grande divisor de águas, entre a antiga prescrição do art. 1.545 do CCB e o CDC. Neste sentido NERY JUNIOR (1992 a).

1.4.3 Responsabilidade civil do profissional liberal

A partir do presente tópico passamos a tratar do cerne de nossa dissertação, a responsabilidade civil do profissional liberal, conforme é formatada hodiernamente, no CDC, legislação aplicável ao descortinamento dessas situações.

De modo a que possamos lograr êxito em nosso desiderato de perfeita e minudentemente demonstrar os lindes do tema, o dividiremos em diversos sub-tópicos, que formarão o resto do corpo de nosso texto.

Seguindo uma lógica de exposição, abordaremos o conceito de responsabilidade civil, sua disciplina no CDC, o conceito de profissional liberal e os elementos caracterizadores da responsabilidade, quais sejam a culpa, o nexos causal e o dano.

1.4.4 Conceito de responsabilidade civil e disciplina do CDC

Ao principiarmos nosso esforço de conceituação da responsabilidade civil, entendemos por bem anotar o significado lexical do termo responsabilidade. Para tanto nos utilizamos do alvitre do mestre FERREIRA (1995), que leciona:

“Responsabilidade: 1. Situação de um agente consciente com relação aos atos que ele pratica voluntariamente. 2. Obrigação de reparar o mal que se causou a outros”.

Como se percebe, responsabilidade pode tanto ter um sentido subjetivo, ligado ao estado de consciência daquele que pratica qualquer ato e o reconhece, ou seja, a consciência da titularidade de um dado fato; ou um sentido objetivo, que é a necessidade, obrigação de se reparar o mal que se fez.

Para nossa finalidade inicial importa mais a segunda definição, visto que o elemento subjetivo do dever de indenizar já se encontra incluído em seu conceito jurídico, conforme observaremos adiante, no que tange à responsabilidade do cirurgião-dentista.

SILVA FILHO (1991), citado por SÉLLOS (1994) evidencia que “a responsabilidade civil é a obrigação de uma pessoa (entenda-se: física ou jurídica) indenizar dano causado a outrem, com o intuito de que seja restabelecido o equilíbrio patrimonial ou moral decorrente desse dano”.

ALVIM (1965), anotando o parecer da doutrina francesa clássica (Planiol, Ripert, Capitant), nos esclarece no mesmo sentido, ao especificar, em duas oportunidades distintas, o que se segue “Em sentido lato, há responsabilidade civil em todos os casos em que uma pessoa é obrigada a reparar o dano sofrido por outra (...) Outros civilistas põem em destaque ser a responsabilidade civil a obrigação de reparar o dano causado a outrem, seja por fato pessoal, seja de certas pessoas (aqueles por quem somos responsáveis), seja ainda por fato de uma coisa que nos pertence ou da qual somos guarda”.

Sobre o tema responsabilidade civil DIAS (1960); LIEBMAN (1974); DINIZ (1998); KFOURI NETO (1998); GRINOVER *et al.* (1999), tecem outras considerações importantes a respeito da responsabilidade civil em geral, que merecem leitura, e que por não se relacionarem diretamente ao objeto deste trabalho não serão comentadas.

Percebe-se, então, por tudo quanto exposto, que a responsabilidade civil é o instituto jurídico que busca a reparação dos danos surtos no patrimônio de alguém, por ato imputável a terceiro, na tentativa de restabelecimento do *status quo ante* DIAS (1960), citando o parecer de MARTON (1938), profere que a responsabilidade é “termo complementar de noção prévia mais profunda, qual seja

a de dever, de obrigação. A responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação. Se atua na forma indicada pelos cânones, não há vantagem, porque supérfluo em indagar da responsabilidade daí decorrente (...) O que interessa, quando se fala de responsabilidade, é aprofundar o problema na face assinalada, de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente”.

MONTEIRO (1999), elucida que o vínculo jurídico une dois sujeitos por causa da prestação, de um lado, uma relação de puro débito(*shuld*), no sentido de dever prestar e do outro, a relação de responsabilidade(*haftung*).

Arma-se o instituto da responsabilidade civil no intuito de estabelecer que a vida social transcorra sem sobressaltos, e ocorrendo estes, que sejam nulificados, minimizados ou pelo menos respondidos, inibindo tanto em abstrato como em concreto a produção do ato ilícito.

Denota-se assim o duplo caráter do direito, que é instrumento social educativo e repressivo, sendo essas duas características presente tanto à norma abstrata como à norma concreta (sentença). Uma determinada lei que prescreva, a obrigação de reparação do dano provocado a outrem tem o condão de educar a população para o desvalor do agir em prejuízo alheio e também, a força de reprimir a prática do ato ilícito, pela existência da sanção legal para tanto. Já a norma concreta, a sentença, tanto tem as duas mesmas características, só que voltadas para os indivíduos participantes de determinada relação jurídica, como também possui um apelo abstrato, visto que é exemplo para toda a sociedade da efetiva força da prescrição normativa abstrata. É por esse motivo que, nos Estados Unidos, v.g., alcançam algumas indenizações valores tão vultosos: é a norma concreta coibindo a prática social denegada. O fenômeno é mais claro ainda se levarmos em conta a tutela dos direitos coletivos *latu sensu*, em que até

mesmo toda a coletividade de um país pode ter interesse na resolução de uma determinada lide (o direito difuso de proteção ao ambiente amazônico, v.g.)

A responsabilidade civil pode ser classificada quanto à sua natureza, à sua origem, critério este que a divide em contratual e extra-contratual. Como a própria nomenclatura já denota, responsabilidade contratual é aquela obrigação de reparação de um dano surgido no desenrolar, no trâmite, de uma dada relação jurídica, firmada entre seus participantes. Assim sendo, a inadimplência de uma prestação pelo devedor acarreta na sua responsabilidade civil perante ao credor, ou seja, obrigação de reparação do dano causado, obrigação de estabelecimento do *status quo ante*. Já a responsabilidade extra-contratual é aquela que surge não da ocorrência de ato danoso no desempenho de uma determinada relação jurídica acordada entre as partes, mas da prática de um qualquer ato ilícito, identificado na vida social. Assim sendo, o dano causado em um veículo, em uma colisão de trânsito, deve ser indenizado.

ALVIM (1965), com sua sempre precisa pena, as distingue dizendo que “a primeira delas dá-se quando a falta consiste na inexecução de um contrato” e asseverando que a extracontratual ou delitual verifica-se quando alguém, por culpa, causa dano a terceiro.

DINIZ (1998), elucida de vez a questão, ao propor que “a responsabilidade do infrator, havendo liame obrigacional oriundo de contrato ou de declaração unilateral de vontade, designar-se-á responsabilidade contratual; não havendo vínculo obrigacional, será denominada responsabilidade extra-contratual ou aquiliana”.

Visto o conceito de responsabilidade civil e sua classificação em contratual e extracontratual, perguntamos em qual das duas modalidades pode ser encaixar a obrigação de indenizar do cirurgião-dentista.

Respondendo-nos a essa indagação, PRUX (1998) comenta que “de há muito se firmou na doutrina e na jurisprudência, a concepção de ser a responsabilidade do profissional liberal de natureza contratual. Foi discussão antiga e hoje superada a classificação dela como extra-contratual, segundo posicionamentos minoritários de autores como Carvalho Santos e Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça”. No entanto, é muito extensa a doutrina que tratou do tema da responsabilidade civil do cirurgião-dentista, vide dentre tantos outros DIAS (1960); KFOURI NETO (1998).

O profissional liberal (que será adiante considerado), entendido como tal o cirurgião-dentista, ao prestar seus serviços, o faz a partir de atividade negocial, formalizada por escrito ou não, com aquele que consumirá seus serviços. Estipula-se, dentre outras coisas, acerca do objeto da contratação, da sua forma de pagamento, dos resultados esperados, etc. Um ato negocial, um negócio jurídico, que por sua natureza bilateral é tranquilamente entendido como avença contratual.

A idéia que temos de contrato é muito bem transposta por FERREIRA (1995), quando diz ser ele o “acordo entre duas ou mais pessoas que entre si transferem direito ou se sujeitam a uma obrigação”. Isso não é nada mais nada menos do que o comumente ocorrido nas relações entre o cirurgião-dentista e seu cliente. Daí existirem tantas conclusões na doutrina, como a de PRUX (1998), de que “quando estivermos diante de obrigações dos profissionais liberais como fornecedores, a relação de consumo é de natureza contratual e deve ser informada pelas regras pertinentes”.

Desta forma aquele ato negocial, é um negócio jurídico, que por sua natureza é tido como avença contratual e relaciona-se com a maioria absoluta de casos, sendo, portanto, regra geral sob a qual devemos trabalhar. Se dispomos a sua abrangência dessa forma estamos querendo apontar que existem ou podem

existir exceções à regra da contratualidade da responsabilidade civil do cirurgião-dentista.

As hipóteses de uma configuração extra-contratual da responsabilidade dos profissionais da área de saúde é mais facilmente identificável em relação aos profissionais da medicina.

Um exemplo disso é dado por LOPES (1984), ao lembrar da hipótese de um médico atender, na rua, uma pessoa que acabou de ser atropelada e que se não fosse logo observada e encaminhada a um hospital fatalmente morreria. Nessa situação, age o médico não como contratante perante o acidentado, em função remunerada de prestação de serviço, o que caracteriza a relação de consumo; mas sim em cumprimento ao seu dever legal de socorro. Nessa hipótese, por não se configurar a relação de consumo, pela ausência da aferição monetária, será qualquer dano causado pelo médico ao acidentado discutida com base nas normas do CCB, notadamente os arts. 159 e 1.545¹⁰.

Como se sói perceber, a caracterização de situações tais é mais complexa para o cirurgião-dentista, o que, no entanto, não nos impede de elocubrar a respeito.

Um exemplo interessante, no entanto, pode ser o de um cirurgião-dentista que, passando de carro por uma dada rua, constata ter sido atingido por um disparo de arma de fogo, em um tiroteio, um rapaz. Descendo de seu veículo e indo de encontro ao jovem, percebe ter se alojado o projétil em seu maxilar, causando grande hemorragia. Prestando o socorro adequado, procede à remoção do projétil controlando a hemorragia. Nesse ínterim, utilizando-se de força bruta

¹⁰ Somente no intuito de tornarmos mais fecundo o nosso exemplo, digamos que o médico, ao atender o acidentado, tenha sido imprudente, ou manusear o moribundo, terminando por lesionar sua coluna cervical e medula, causando-lhe tetraplegia. A demanda do acidentado que buscar o ressarcimento por esse dano físico irresolúvel basear-se-á na disciplina do Código Civil, visto, como já apontado, não tratar-se a hipótese de relação de consumo.

excessiva e agindo até mesmo imprudentemente – o que poderia ser explicado pela tensão do momento – extrai desnecessariamente quatro dentes do malsinado rapaz, deslocando ainda seu maxilar, somente depois conseguindo desalojar o projétil e suturar o local, provocando grande perda da função mastigatória. Será que o dano causado por esse profissional pode ser encarado como a inexecução de uma obrigação surgida em contrato de consumo? Por toda a caracterização que dele fizemos, temos que não.

Outras situações também podem servir de exemplo hipotético, como no caso de acidentes com ocorrência de edema de glote, onde o cirurgião-dentista deve proceder traqueostomia em regime não eletivo e caso assim não aja, poderá vir a ser denunciado por omissão de socorro.

Perceba-se, portanto, a dificuldade de caracterização de hipóteses de ações do cirurgião-dentista, em atuação de seu mister, que fujam à caracterização contratual e de relação de consumo.

Posto, então, o conceito de responsabilidade civil, e sua caracterização contratual, no que tange aos cirurgiões-dentistas, passemos a estudar o tema como prescrito no CDC.

Vale ressaltar, em tempo, que existe interessante posicionamento doutrinário de BECKER (1995), que aponta para uma teoria unitária da responsabilidade civil; existindo até quem entenda, como VAL (1995), que o CDC aboliu a dicotomia responsabilidade contratual e extra-contratual.

1.4.5 Disciplina da responsabilidade civil no CDC

O CDC prestigia como regra geral de responsabilização civil por danos provocados no desenvolver de relações de consumo a chamada teoria do risco,

que significa que, independentemente da apuração do elemento volitivo, anímico ou subjetivo da conduta do fornecedor, será este responsabilizado pelos danos causados ao consumidor, desde que provado o nexo causal entre seu agir e a consequência gravosa.

Denomina-se essa formatação da responsabilidade civil de “Teoria do Risco” visto que o fornecedor, ao adentrar no mercado de consumo, assume os riscos da atividade, devendo ressarcir todo aquele que por meio dela sofra um qualquer desvalor em sua esfera de direitos.

VAL (1995), faz uma percuciente visitação à teoria do risco e encarta suas quatro possíveis formas: risco integral, risco proveito, risco profissional e risco criado, para após definir que, sob seu ponto de vista, “a responsabilidade objetiva do CDC é fundada na teoria do risco criado”, ou seja, a só colocação no mercado ou disponibilização de bem ou de serviço gera, independentemente da aferição de culpa, o dever de indenizar, desde que haja nexo causal entre o bem fornecido ou o serviço prestado e o dano ocorrido ao seu consumidor final e por óbvio a configuração do dano. A teoria do risco criado exclui a necessidade da configuração da anormalidade do ato danoso para a verificação da responsabilidade. O ato normal, gerador de danos, também pode ensejar a reparação. Um exemplo do que poderíamos chamar de ato normal poderia ser algo relacionado à tutela do ar, bem difuso, indivisível e de titulares indetermináveis. A emissão de gases de uma empresa que labora com o manuseio de metais é ato normal, não obstante indenizável segundo os critérios da responsabilidade objetiva, desde que o ato infira dano ao meio ambiente equilibrado, objeto de tutela do direito ambiental.

É a assunção da teoria do risco uma forma de se garantir que ambas as partes da relação, sabidamente desiguais, possam almejar uma maior isonomia na hora de lutarem contra o vilipêndio de seus direitos. Neste sentido VAL (1995).

Essa é mesmo a tônica de todas as prescrições do CDC, que só existe como tal devido à marcante vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor, por todas aquelas razões já comentadas anteriormente.

Nesses termos é que estabelece a doutrina, de forma quase absoluta, ser regra no CDC a responsabilidade objetiva do fornecedor. Embora não seja recente a teorização acerca da responsabilidade objetiva, nunca havia sido ela prescrita, em nosso ordenamento, de forma tão ampla e abstrata, como o fora no CDC. Pela primeira vez um microssistema jurídico, regente de uma enorme gama de relações jurídicas travadas entre particulares ou entre eles e o Estado, agindo na esfera privada, traz esse tipo de regulamentação. Neste sentido FILOMENO (1999).

Anteriormente poder-se-ia citar exemplos esparsos, como a responsabilidade civil por acidentes nas estradas de ferro. Vide neste sentido dentre outros DIAS (1960); ALVIM (1965). Mais um motivo, então, tem-se para vangloriar essa importante legislação nacional, introdutora dos novos tempos no Brasil¹¹.

A responsabilidade civil está prevista genericamente, no CDC, nos arts. 12 e 14, que estabelecem a regra da objetividade ou teoria do risco. A primeira norma trata da responsabilidade do fabricante, produtor, construtor e do exportador por defeitos de seus produtos bem como pela inadequação de informações e eles relativos. O art. 14, por sua vez, trata da responsabilidade civil

¹¹ Interessante é situarmos num contexto histórico o surgimento da Lei 8.078/90 (CDC). O Brasil de então, governado pelo histriônico Presidente Collor, era um país que abria sua economia à modernização, após longos anos de clausura forçada, maus serviços e tecnologia retrógrada. Era um país que buscava inserir-se no mercado e na própria realidade mundial. O advento do CDC representou mais um esforço nesse sentido, uma demonstração de vontade Estatal de que um mais sadio mercado de consumo, agora livre de suas amarras, se desenvolvesse, levando os indicadores econômicos a mais elevados índices. Após mais de dez anos de seu surgimento, percebe-se que mais do que uma promessa, tornou-se o CDC uma realidade ínsita aos mais humildes populares, como se sói ver no dia a dia dos Procons e demais órgãos de defesa do consumidor.

dos prestadores de serviço, tema que nos interessa, visto estar o cirurgião-dentista enquadrado nessa categoria. Assevera a citada norma:

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

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

I – o modo de seu fornecimento;

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

III – a época em que foi fornecido.

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

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

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

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”(grifo nosso)

A leitura do *caput* do art. 14 confirma o que anteriormente havíamos dito acerca da adoção da teoria do risco. A responsabilidade do fornecedor de serviços será apurada mediante a verificação de dano e de nexo causal entre ele e a dita prestação defeituosa, independentemente da aferição de culpa. É cartesiano o dispositivo de lei, não restando margem a dúvidas em sua interpretação.

Buscando tornar mais tranqüila a definição do que seja “serviço defeituoso”, o CDC aponta três critérios a indicá-lo: o modo de seu fornecimento; o

resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam, a época em que foi fornecido.

Esses três parâmetros parecem se destinar a três peculiares situações de ocorrência da falha na prestação do serviço:

a) o primeiro quanto às obrigações de meio, que são descumpridas ou quando se verifica falha na instrumentalização de dada atividade voltada a um fim, sem, no entanto, se vincular a ele;

b) o segundo relativamente às obrigações de resultado, que somente se dizem descumpridas quando se o obtém. Assim, haveria defeito na prestação dessa espécie de serviço toda vez que o fim ou resultado colimado não fosse atingido;

c) o último dos parâmetros parece indicar que existe defeito no serviço quando, mesmo quando executado da forma correta, caracterizados esses como obrigações de meio ou de resultado (vide tópico 2.6), houve seu retardo, mora na sua execução, o que pode gerar prejuízos indenizáveis.

O parágrafo 2º do art. 14 descaracteriza o defeito da prestação de serviço quando houver sido utilizada ou adotada técnica nova.

Hodiernamente tem-se visto que com o avançar da ciência, novos materiais e técnicas surgem. Deve-se considerar o momento da prestação, não sendo necessário que o prestador de serviços ofereça a última técnica lançada no mercado, bastando que a oferecida, seja aceita pela comunidade científica no momento da prestação como eficaz e segura. Neste sentido PRUX (1998) e OLIVEIRA (2000).

Em seqüência, asseverando mais uma vez seu caráter propedêutico, prescreve o art. 14, § 3º do CDC as hipóteses de causas excludentes da responsabilidade civil.

Sua previsão, além desse seu caráter acima declarado, tem razão de ser pela restrição que faz aos casos em que se pode elidir a responsabilidade civil do prestador de serviços, em relação à clássica disciplina do CCB. Pela disposição do art. 14 somente a inexistência do defeito e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro afastam a responsabilização civil. Note-se que essas duas excludentes incidem justamente sobre a descaracterização do dano e do nexos causal, os dois elementos caracterizadores da responsabilização objetiva, regra geral do tema do CDC. Neste sentido DENARI (1999).

Com relação ao caso fortuito e força maior, que são fatores ou hipóteses que incidem sobre a descaracterização da culpa do agente, em nosso juízo não procede a afirmação de ilustres doutrinadores como LOPES (1996), citado por DENARI (1999). Filiamo-nos à linha de pensamento deste último doutrinador que afirma que a "eximente do caso fortuito ou força maior coloca-se no mundo fenomênico e não será nenhuma disposição normativa que irá suprimi-la do universo jurídico".

Por último, entendemos que a prescrição mais importante para a nossa dissertação, que é também exceção a toda a sistemática do código, vem a ser a manutenção da verificação da culpa para a apuração da responsabilidade civil dos profissionais liberais.

Embora possa parecer despiciendo o comentário, toda a doutrina consumista assevera que a adoção da responsabilidade subjetiva para a apuração da obrigação de indenizar do profissional liberal não elide ou afasta as demais inovações trazidas pelo código, como a proteção contratual e

principalmente a possibilidade da inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Neste sentido NERY JUNIOR (1992a); NOGUEIRA (1993); SELLOS (1994); PRUX (1998); DENARI (1999).

Percebe-se, nesse ponto, uma quebra da disciplina geral do código, verdadeira exceção aos seus termos, e que somente pode ser explicada pela especial natureza dos serviços prestados pelo profissional liberal que, não obstante também ser espécie de profissional que vem sendo mais freqüentemente contratado de forma impessoal, ainda é muito procurado com base em prerrogativas de confiança, pela qualidade imanente de seu serviço, ou seja, em relação *intuitu personae*. NERY JUNIOR (1992 a); MAGALHAES (1984); PRUX (1998); DENARI (1999).

SÉLLOS (1994), manifesta-se no mesmo sentido, dissertando que “como única exceção ao princípio da responsabilidade objetiva, trazida pelo CDC em seu art. 14 § 4º, a responsabilização pessoal do profissional liberal baseada na culpa, ou seja, responsabilidade subjetiva, é onde cabe ao lesado comprovar a ação ou omissão que desencadeou o dano, através da inobservância de um dever legal ou contratual, por meio de negligência, imprudência ou imperícia por parte do profissional liberal ao desempenhar suas atividades”.

DENARI (1999), ao tratar dessa diferenciação e quebra do regime da responsabilidade objetiva, aponta: “explica-se a diversidade de tratamento em razão da natureza *intuitu personae* dos serviços prestados por profissionais liberais. De fato, os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes. Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa subjetiva, em quaisquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia” (NERY JUNIOR, 1992a; SÉLLOS, 1994; PRUX, 1998). No mesmo

sentido MAGALHÃES (1984), que postula que se deve entender por profissional liberal “aquele escolhido pelo consumidor *intuitu personae*, isto é, para cuja escolha foram revelantes os elementos confiança e competência creditados pelo cliente”.

Um outro ponto a ser comentado quanto ao § 4º do art. 14 diz respeito ao alcance de suas prescrições. Somente o profissional liberal, prestador de serviços autonomamente considerado, poderá ser responsabilizado nos termos da doutrina subjetiva, ou até mesmo as cooperativas, pessoas jurídicas criadas pela reunião de profissionais liberais para a prestação de seus serviços, de mais acentuado poder econômico, também poderão sê-lo?

A resposta a essa indagação retiramos do próprio texto do citado parágrafo. Estabelece ele que somente a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa, e não a responsabilidade de uma pessoa jurídica de direito privado. Sobre essa incide a regra do *caput*, ou seja, responsabilidade objetiva.

Solução diferente não poderia se dar, visto que a origem da explicação para a aplicação da teoria subjetiva é a natureza pessoalíssima da contratação e a conseqüente igualdade de condições contratuais que se pode estabelecer entre fornecedor e consumidor, o que já é descaracterizado na hipótese da contratação com um conglomerado ou cooperativa, melhor aparelhada para sua atuação no mercado, com controle mais rígido sobre suas contratações, com especializada e permanente assessoria jurídica, dentre tantos outros atributos que caracterizam perfeitamente a vulnerabilidade do consumidor em relação a ela. Neste sentido encontramos o pensamento de KFOURI NETO (1998); PRUX (1998). Por isso, em demanda indenizatória proposta contra uma clínica odontológica e um de seus cirurgiões-dentistas em específico, v.g., responderá esta objetivamente e sempre

subjetivamente o cirurgião-dentista, profissional liberal autônomo, nos termos do que estabelece o transcrito art. 14 *caput* e § 4º.

Descritos os lindes do tema da responsabilidade civil do profissional liberal por defeito na prestação de serviço, exceção ao regime legal do CDC para o tema, entendemos por bem definir precisamente o conceito de profissional liberal, e de serviço, com o intuito de enquadrarmos nesses dois gêneros as espécies “dentista” e “prestações odontológicas”.

São essas as conceituações que ainda faltam para que possamos espancar de vez quaisquer dúvidas que porventura ainda restem sobre a aplicação do CDC, e todos os seus avanços, para a obrigação do cirurgião-dentista de indenizar os danos que causar aos seus clientes no desenvolvimento de sua atividade.

1.4.6 Conceito de profissional liberal

A caracterização do profissional liberal, intuitivamente, sempre nos leva a relacioná-lo, em um primeiro momento, à sua não vinculação a um empregador, desenvolvendo-se sua atividade de forma seccionada a esse restrito patamar. Assim sendo, profissional liberal é aquele que exerce seus misteres de forma independente, daí a denominação liberal. PRUX (1998).

Um primeiro entendimento, deflui do próprio emprego do termo liberal. SILVA (1993), trata dessa faceta do tema, ao enunciar que “liberal vem de *liberis*, que vem de *liber*, que no latim significa livre. Deve-se entender por livre toda profissão exercida com autonomia, ou seja, livre de subordinação a um patrão ou chefe

Essa idéia intuitiva, ou até mesmo poderíamos dizer “leiga”, pode ser atestada pela leitura do verbete “profissão liberal” da obra de FERREIRA (1995), em que o grande artífice da língua portuguesa trata, precípuamente, do tema da autonomia.

Ocorre que essa caracterização é por demais ampla, ainda mais em face de uma economia que cada vez mais observa o aumento das formas de ocupação autônomas, à margem do mercado formal de trabalho.

Se, nesse sentido, insistíssemos na sinonímia entre profissional liberal e autônomo, teríamos uma conceituação muito ampliada e que tornaria a norma do art. 14 inócua para a proteção do consumidor, visto que a ocupação de ambulante poderia ser considerada como profissão liberal, a de guardador de carro, entre tantas outras que não atentam para a característica da contratação *intuitu personae*, que motiva a exceção à regra da adoção da teoria do risco.

Para PRUX (1996), “profissional liberal é aquele escolhido pelo consumidor *intuitu personae*, isto é, para cuja escolha foram relevantes os elementos confiança e competência acreditados pelo cliente”.

Justamente por esse motivo que é tão necessário o perfeito entendimento do conceito do profissional liberal, o que possibilitará a consentânea aplicação da citada norma.

Aonde se poderia buscar outro elemento caracterizador das profissões liberais, visto que a autonomia, por si só, não tem o condão de fazer a necessária discriminação? A doutrina, de um modo geral, tem buscado na capacidade técnico-científica e no exercício de misteres especializados a caracterização mais firme da profissão liberal.

Esse é o parecer de PEIXOTO (1993), que assevera que é “a profissão liberal aquela que se caracteriza pelo livre exercício de trabalho intelectual ou técnico sem vínculos hierárquicos”.

No mesmo sentido, porém com mais riqueza de detalhes, é a opinião de PRUX (1998), em monografia específica sobre o tema da responsabilidade civil dos profissionais liberais no CDC. No seu entender, “conclui-se serem os profissionais liberais uma categoria de pessoas, que no exercício de suas atividades laborais, é perfeitamente diferenciada pelos conhecimentos técnicos reconhecidos em diploma de nível superior, não se confundindo com a figura do autônomo”.

Por último, o alvitre de BENJAMIN (1991), traçado em poucas linhas mas de ferina precisão, de que “profissional liberal, é então, o prestador de serviço solitário, que sobrevive de sua própria mão-de-obra e conhecimento”.

Tomando-se tudo o que se falou sobre o conceito de profissional liberal, podemos entender se tratar ele de um prestador de serviços especializados, auferidos em curso superior, de natureza técnica e/ou científica, executados de forma autônoma e desvinculada de qualquer vínculo empregatício.

Sabendo-se, então, tratar-se o profissional liberal de prestador de serviços, necessitamos investigar o conceito de serviço.

Um obséquio nos faz o CDC, ao definir serviço, dentro daquela sua já ressaltada finalidade propedêutica que embora diga-se, que a lei não deve conter definições, em disciplina tão inovadora como o CDC, elas são extremamente bem vindas e até mesmo necessárias. Se muitas não houvessem poderiam ter sido muito maiores os problemas para a implantação desse arrojado e peculiar microsistema jurídico, onde consta em seu art. 3º, § 2º, *in verbis*:

“Art. 3º -

§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Percebe-se a amplitude da definição de serviço, o que faz com que sob seus termos se definam um cem número de atividades fornecidas no mercado, dentre as quais as dos profissionais liberais, por meio de remuneração.

Assim sendo, aquelas habilidades autonomamente exercidas, especializadas, técnicas ou científicas, habilitadas pela existência de um diploma superior, fornecidas no mercado de consumo tendo como contra-prestação uma remuneração, atividades pertinentes aos profissionais liberais, são caracterizadas como serviços. Corrobora-se então a definição de profissional liberal que ofertamos, o que facilitará deveras na aplicação correta do art. 14 § 4º da lei 8.078/90.

Atente-se para o fato de que, pelo CDC, somente a atividade autonomamente considerada, pode ser considerada serviço, visto que aquela empreendida como obrigação constante e um contrato de trabalho possui natureza tal. Esse é mais um argumento para se demonstrar a diferença entre a responsabilização do profissional liberal enquanto prestador autônomo de atividade intelectual e a sua responsabilidade enquanto funcionário ou empregado de uma dada empresa.

Uma vez definidos o que sejam profissional liberal e serviço, devemos nos perguntar se podem se encaixar nesses modelos a figura do cirurgião dentista, do médico, advogado, dentre outros, e de seus préstimos ou atividades.

A resposta só pode ser positiva, pois é nítido o encontro das características da definição de profissional liberal com a ontologia do cirurgião-dentista e daqueles profissionais, assim como se dá a relação entre seus serviços e seus préstimos.

Não existe, portanto, qualquer dúvida de que se aplicam aos cirurgiões-dentistas dentre outros profissionais liberais, as normas do CDC, em específico a que vimos comentando, o art. 14 § 4º.

1.5 Culpa *Latu Sensu* e Nexo Causal

1.5.1 Culpa

Aspectos gerais do tema

ARBENZ (1959), cita os elementos da responsabilidade profissional como sendo o agente, o ato, o dano, o nexo, a ausência de dolo citando artigos do CPB e do CCB. Com respeito a erro nos ensina que devemos considerar os erros de diagnóstico, de procedimentos e de prescrição. O autor classifica a culpa do cirurgião-dentista referenciando diversos doutrinadores como Lacassagne, Zachias, Kuhner E Dubrac.

Quando se fala em responsabilidade civil, de ordinário, sem se ter por conta qual a seara do direito material que está a informá-la (e que pode ter destacado papel em sua configuração), vêm à mente do jurista quatro elementos distintivos, que são:

- a) Fato jurídico *latu sensu* (ato ou fato)
- b) Dano
- c) Nexo de causalidade
- d) Culpa

Assim sendo, dizemos existir responsabilidade civil quando, no âmbito de um processo jurisdicional, averiguamos a existência ou pelo menos a flagrante possibilidade de que os elementos acima descritos se relacionem a uma determinada realidade fenomênica, originada na vida social, localizada no espaço e temporalmente identificada.

Dizemos, então, ser uma pessoa A, por um ato seu, culpável, responsável pelo dano causado à uma pessoa B, devendo, portanto, indenizá-la pela perda e impossibilidade de restituição de um *status quo ante*. Nesse sentido, é a indenização, fruto da responsabilização civil, um paliativo para a perda de uma condição verificada anteriormente ao ato danoso que fora praticado.

Um olhar mais atento sobre os elementos acima identificados nos coloca em condições de observar algumas características que, de antemão, já em muito podem facilitar a compreensão da dificuldade de se lidar com o tema da responsabilidade civil.

1.5.2 Ato e dano

Observe-se que “ato” e “dano” são elementos analisáveis ou verificáveis isoladamente, como sendo os pilares da cognição que se faz acerca da responsabilização civil que se queira declarar.

Tanto um como o outro são representação do gênero fato jurídico, ou seja, acontecimento passível de gerar conseqüências jurídicas. E são fatos jurídicos que para serem cognoscíveis não necessitam, estritamente, estar ligados, *a priori*, por qualquer elemento relacional.

Explicamos melhor: a existência do sol é um fato que, além de notório, comprova-se por si mesmo. Se determinada pessoa, que nunca tivesse o visto,

quisesse ter a certeza de sua existência, poderia simplesmente enxergá-lo ou observar uma fotografia sua. Não está sua percepção condicionada a qualquer relação que possa caracterizar um fenômeno dialético de antecedência e consequência. O sol existe e sempre vai existir independentemente de sua interligação com qualquer outro fenômeno. Se é verdade que foi ele criado e isso gera, pelo menos no que tange à sua criação, esse tipo de situação relacional, para a averiguação de sua simples existência, não tem importância essa consideração.

Essa metáfora também nos traz PASSOS (2000), ao asseverar que “ainda quando seja possível dizer que o Sol, ele próprio, é uma representação de minha mente, que se outra fosse a constituição dos órgãos de meus sentidos outra seria a percepção e compreensão que teria do Sol (por exemplo, se meus olhos tivessem constituição idêntica à de um microscópio com capacidade para aumentar um milhão de vezes a imagem, não veria o Sol que hoje eu vejo e do modo por que o vejo) o certo é que esta qualquer coisa vista por mim de modo novo, diferente, ainda existiria não por força de deliberação minha ou de meu operar, sim como algo dado aos homens, cujo criador, para a finalidade que nos propomos, não precisamos identificar”.

Fenômeno semelhante se dá, trazendo o exemplo para a seara da responsabilidade civil, com o ato e com o dano, figuras presentes em sua qualificação e que apresentam justamente essa feição.

Para que conheça o magistrado a existência de um determinado ato e a presença de um certo dano, não necessita ele se perquerir sobre o que efetivamente os gerou. Existem as duas figuras por si só. Assim sendo, se um cirurgião-dentista atendeu um cliente sob determinadas condições de tempo e espaço e isso é atestado em sua ficha médica, é este um fato que não pode ser negado; como também não se discute a existência de uma deformidade na face,

aparente e gritantemente visível, da mesma pessoa que fora atendida pelo cirurgião-dentista referido e que se diz lesada por aquele.

Por isso pode-se dizer ser mais tranqüila, embora não fácil – até porque nenhuma comprovação de fatos trazidos a um processo é fácil – a prova da existência e um ato e de um dano, por serem fatos observáveis por si só. São essas duas figuras ou elementos, portanto, intrinsecamente “relacionais”, podemos assim dizer. Essa qualificação, embora trazida por hora somente como antítese à característica apontada para os elementos “ato” e “dano”, será perfeitamente esclarecida adiante.

Temporizando a situação, podemos dizer que são o ato e o dano os momentos inicial e final da situação que se pretende analisar e sobre a qual se pretende declarar um dado efeito jurídico, que já existe ou não no mundo real mas que ainda não é certo para o mundo jurídico. Não vinculando ainda os atores que nela se envolveram.

O homem, embora nem sempre se dê conta disso, somente consegue apreender a realidade que o cerca, ou seja, atuar como ser cognoscente, se a identifica sob os planos do espaço e do tempo. Como mais uma vez indica PASSOS (2000), citando BUZZI (1973), “à diferença do animal que vive no puro aberto, que não vê o espaço e o tempo, o homem vê sempre dentro de uma moldura, define e delimita as coisas”.

Se pararmos para pensar, vamos nos lembrar de que, até mesmo nas mais simples conversas, procuramos perquirir aonde e quando se deu certa situação que nos é narrada. Chega a ser impossível compreender o que quer que seja se prescindirmos desses dois elementos. E é essa a compreensão que faz parte de nossa estrutura mental a *priori* – segundo a filosofia kantiana, que nos permite interligar os fatos da vida e dar-lhes sentido e significado. É por isso que

conhecemos a realidade não como ela é, mas como a percebemos. Nesse sentido se dá a chamada revolução copernicana que Kant implementou na teoria do conhecimento, ao estabelecer como seu eixo o ser humano, o cognoscente e não o que se conhece, o cognoscível¹².

São o ato e o dano, portanto, os pilares da observação da estreita realidade que se leva ao conhecimento do juiz. A identificação espaço-temporal de um e de outro é que dá os contornos gerais da situação da vida que gerou o impasse que se tem, por hora, por insolúvel.

Nem se chegará a cogitar dos dois outros elementos (culpa e nexa causal) se não se conseguir observar a existência destas duas realidades sobre as quais ora comentamos. Essa questão lógica muitas vezes é olvidada por muitos dos que estudam o tema da responsabilidade civil, eclipsados que são pela tormenta gerada pelo conhecimento do que sejam os dois outros seus elementos (culpa e nexa causal).

Mas se nos lembrarmos de que tudo o que observamos na vida cotidiana é identificado temporalmente, possuindo um início e um fim, saberemos colocar o ato e o dano como sendo os vértices da análise do tema que nos ocupa no presente escrito.

O ato, que em verdade caracterizamos acima como fato jurídico, *latu sensu*, pode ser desde um acontecimento involuntário da vida como realmente o fruto de um agir impulsionado por um desígnio humano. Assim sendo, pode ser desde uma intervenção do cirurgião-dentista a um acidente provocado pelo deslocamento de um aparelho seu que não estava devidamente fixado, por exemplo. Tanto o primeiro como o segundo podem ser dados identificadores do início da controvérsia ou lide indenizatória, sendo seu marco primeiro.

¹² Mais sobre a obra de Kant vide PASCAL, Georges. **O pensamento de Kant**. 7.ed. Petrópolis : Vozes, 2001.

Como se nota pela simples maquinação do que falamos, não haveria que se falar ou se cogitar sobre responsabilização civil se este fato não tivesse ocorrido. Ele é o momento inicial identificador da controvérsia, não obstante dados anteriores a ele – mas intrinsecamente relacionados, possam ser investigados pelo julgador, na busca pela verdade de toda a situação que lhe é posta e que é identificada tanto por esse como pelos demais elementos.

Assim sendo, v.g., o deslocamento de um aparelho, em pleno atendimento odontológico, poderá ter suas causas identificadas em situação pretérita à sua ocorrência. Mas note-se que aqui já não mais falamos do ato em si, mas de outro elemento da responsabilização civil de que trataremos logo a seguir, a culpa.

Portanto, não resta dúvidas de que é o ato, ou fato, como melhor identificamos, a realidade indicadora da situação a que se pretende declarar efeito jurídico, na seara judicial. É necessidade estrutural do próprio sistema lógico-cognitivo do ser humano que, representando a função jurisdicional do Estado, na pessoa do magistrado, conferirá *status* de verdade a uma dada situação que lhe for trazida.

E na medida em que é o fato jurídico *latu sensu* o móvel inicial da lide indenizatória, é o dano seu elemento final, a delimitação temporal última da controvérsia que se quer dirimir. É, portanto, a mudança do *status quo ante*, a sua percepção, a peça que nos faltava para que concluíssemos a formação do segmento que podemos identificar como sendo aquele para o qual queremos que certa conseqüência seja ditada.

alterado e para pior? O que se buscava consertar resultou pior do que o já existente?

Todas essas são perguntas que necessitarão ser respondidas em um lapso de tempo um pouco maior, em um momento em que, provavelmente, perceber-se-á a grande melhoria que a intervenção médica gerou à paciente. Com isso queremos ilustrar que as situações que se dão no lapso de uma dada relação não podem ser observadas sem a percepção clara de dois momentos: um inicial e outro final. Este, ainda, necessita ser criteriosíssimamente fixado, sob pena de que uma situação momentânea seja tida como existente e perene quando, na verdade, faz parte de um processo que pode culminar tanto no dano, fechando-se assim o segmento que inicialmente fixa a situação passível de indenização; como também para que se verifique outra realidade, qual seja, a de satisfação pelo serviço prestado e a total desnecessidade de qualquer cogitação acerca de uma pretensão ressarcitória.

Postas essas duas premissas, identificadas como os momentos inicial e final da análise da responsabilidade civil, condição primeira de sua mera cogitação ou existência, parte-se para uma segunda ordem de considerações, que nos levará à análise daqueles que são os mais intrincados e tormentosos elementos da responsabilidade civil.

Antes de parte-se para essa análise, no entanto, nos perguntamos e também questionamos todos aqueles cujos olhos e mentes nossas palavras alcançam: será suficiente a mera verificação desses dois momentos citados, para que se possa, categoricamente afirmar que existe o dever de indenizar por parte de alguém? Será que nossa estrutura cognitiva pode aceitar que uma dada relação se verifique sem que se consiga configurar um vínculo entre os dois vértices ou extremos do que se quer configurar? Não é contra nossas estruturas

lógicas considerar apenas os dois fatos modelos e desconsiderar a sua pertinência mútua?

A resposta a esses questionamentos sói a ser única a tantos quantos tiverem acesso ao nosso escrito: impossível é conferir efeito jurídico a uma relação por meio de sua simples observação estática. A dinâmica é elemento indispensável para sua percepção e até mesmo para a inteligência do próprio fenômeno jurídico e do que é verdadeiramente até a vida. O construído pelo homem reflete, e muito, o que lhe foi dado e por ele compreendido. Neste sentido os ensinamentos de REALE (1995).

Justamente por isso estudaremos agora aqueles elementos que podemos chamar de dinâmicos na relação de responsabilidade civil e que propriamente estabelecem essa “relação”, denominação que traz em si essa tônica de transitividade, que não se obtém pela simples averiguação dos fatores estanques (ato e dano) que comentamos acima.

De forma a que possamos metodizar o mais possível nossa análise, parte-se para a observação do elemento que costumamos denominar nexos causal, por ser elemento intrínseco para a configuração da dinâmica que objetivamente caracteriza a existência da relação que tem por conteúdo o dever de indenizar.

Tratamos o nexos causal dessa forma pois é ele que indica a necessária interligação entre o antecedente e o conseqüente, necessária a que aqueles dois pilares, primeiramente verificados, possuam pertinência mútua, sem o que serão, *ad infinitum*, estátuas ocas de sentido jurídico, não ensejadoras de qualquer efeito que seja, para a situação alegada.

A culpa, por ser elemento para o qual pode-se prescindir para a configuração mínima de antecedente e conseqüente (e que gera a dinâmica social

a que se quer conferir conteúdo e efeito jurídicos), configuração essa que é pressuposto da própria verificação da culpa – nas hipóteses em que essa seja necessária por opção legislativa, será analisada por último.

Fazendo a exposição dos elementos da responsabilização civil dessa forma cremos estar, acima de tudo, tornando metódico o entendimento de algo que é, tantas vezes, despejado para os leitores, e tornado mistério para os leigos, em atitude que torna a ciência social verdadeiro instrumento anti-social, de obnubilação da realidade para aqueles que deveriam entendê-la da melhor forma, por serem seus destinatários. Não compreender a formatação daquilo que nos foi dado, como o céu, o mar e o ar, desconhecer regras e fórmulas da física nos é permitido, até porque sua lógica mínima todos conhecem.

Agora, ser um completo ignorante naquilo que foi pelo homem construído é um mau vezo que deve ser temporaneamente extirpado.

Ademais de sua finalidade científica, a presente ordem expositiva pode muito bem servir de roteiro até mesmo para a análise do julgador do caso concreto, ainda mais sabendo-se que o processo como realidade, ou seja, sua materialização em autos, nem sempre denota a clareza necessária para a dissipação das dúvidas que ali se evocam.

Utilizar-se o magistrado, portanto, desse método é saudável solução para os diversos problemas de ordem prática que enfrenta em seu dia-a-dia, evitando desperdício de atividade cognitiva e conseqüente perda de tempo, ainda mais se sabendo que o principal objetivo da tutela jurisdicional moderna é a efetividade.

1.5.3 Nexo causal

Quando instintivamente pensamos em nexos, a primeira coisa que nos vem à cabeça é o termo sentido. Cotidianamente dizemos que isto ou aquilo não tem nexos, querendo expressar a idéia de que nenhum sentido faz dada ação, por exemplo.

Temos, portanto, que mesmo nesse grau de abstração já entendemos o que faça sentido ou não, segundo uma análise de nossos valores e estruturas lógicas de pensamento.

Se dizemos que algo faz sentido ou não, estamos analisando-o não isoladamente, mas sim buscando toda uma ordem de fatores que o antecedem e que o seguem. Não podemos dizer que algo não faz sentido, ou não tem nexos por si só.

Exemplifiquemos, mesmo que de forma rasa, a princípio: a dona de casa, num sábado, vira-se para o marido e imperativamente diz que “não faz sentido comprar carne hoje!”. Por que será que ela age dessa forma? Será que é por que a carne é um ser que não existe e por isso não faz sentido comprar algo que não existe? Obviamente que não. Assim como na análise da responsabilidade civil, conforme demonstramos acima, devemos primeiramente conhecer seus dois pilares; aqui também a dona de casa já identificou a existência de um deles, qual seja, a do elemento carne.

Por que não tem nexos, então, esta compra? Pela situação de que já existe carne em casa, sendo esse o outro pilar do raciocínio da dona de casa. E nexos, ou sentido, é justamente a coligação que foi feita entre um fato e outro, antecedente e conseqüente, abstraindo-se daí uma conclusão lógica. Nexos ou sentido não são algo que se possui de *per se*, mas são sim fruto de um silogismo

entre pelo menos dois fatos que se quer sejam coerentes, por uma relação de antecedente e conseqüente.

Mas não qualquer relação de antecedência e conseqüência. Essa, simplesmente considerada pelo prisma da preexistência temporal, existe em relação a tudo e a todos. A relação que importa a um silogismo, dentre os quais podemos encontrar o jurídico, é aquela que estabelece uma situação de identificação de uma causa e um efeito em relação a pelo menos dois pilares identificados.

Assim sendo, no exemplo da dona de casa, o ato omissivo de não se comprar carne é efeito de sua já fartura na residência do casal. Trazendo-se o exemplo para a seara odontológica, é efeito da extração de um dente a dor que se sente logo em seguida, embora nem toda dor na cavidade bucal sempre seja efeito de uma extração.

Perceba-se, portanto, que o nexos causal é um íntimo relacionamento entre um antecedente e um conseqüente, num liame que coloca o primeiro como impulsionador do último, numa escalada que se sabe aonde pode chegar.

Nossa própria vida é um emaranhado de relações entre causas e efeitos. Do ato sexual, para a fecundação, para o desenvolvimento e parto e crescimento, dentre tantas outras etapas, observamos o vínculo que se forma entre atos sucessivos e importantes para a verificação do próximo, em cadeia que se for quebrada, nessa situação, por exemplo, denotaria a morte.

Como já tivemos a oportunidade de mencionar acima, como seres dotados de capacidade de raciocínio que somos, não nos permitimos enxergar a realidade de outra forma que não temporalizada e concatenada em atos sucessivos e ligados entre si. Se assim não agíssemos correríamos o risco de

estarmos condenados a não ter passado e nunca vislumbrar o futuro, vivendo, pois, como animais irracionais, que vagam em busca de comida e fogem quando o inimigo chega.

Toda nossa racionalidade está em podermos concatenar atos e lhes dar sentido. Aqui reside nossa genialidade e justamente aqui residem alguns de nossos maiores problemas.

A individualidade do ser, embora presentes em todos alguns traços de identidade, faz com que não exista homogeneidade de interpretação dos atos que se sucedem na vida.

Cada ser humano pode enxergar de um modo diverso o liame entre duas situações fáticas dadas, podendo até não enxergar nenhuma coligação entre elas. Aqui podemos dizer, primeiramente, residir o grande problema do nexos causal, ou seja, da identificação de um sentido e de um relacionamento íntimo entre dois fatos da vida social, de forma a que possam ser identificados como causa e efeito.

Quantas vezes, mesmo que em elocubrações estéreis, não discutimos quais foram as causas de um crime notório, por exemplo. Dizemos que foi um fator passional; ou uma escatológica mistura de álcool e drogas; ou um simples acidente? Criamos hipóteses, pretendemos causas para explicar o evento ou efeito morte, e dessa forma tornamos sempre intrincada a resolução do nexos entre o efeito e a causa que o gerou.

Assim pode se dar quando tratamos da responsabilidade do cirurgião-dentista. Qual foi a causa da infecção que culminou com uma perda dentária? Foi um ato errôneo do profissional de saúde? Um descuido unicamente imputável ao paciente? Uma fraqueza orgânica esperada ou mesmo inesperada?

Nota-se, principalmente quando tratamos da identificação do nexo causal entre fatos relativos a uma prestação de serviços médicos, que seu primeiro problema é o grande número de situações que podem servir de causa para dado efeito. Quanto maior a quantidade de hipóteses, mais complexa a investigação e difícil a tomada de conclusões.

E em lição de REALE (1995), quando se fala de odontologia ou medicina, em especial, sabemos que lidamos com o elemento físico, químico, psicológico e técnico, ou seja, com tudo aquilo que é dado pela natureza como com aquilo que é construído pelo homem. Tratamos de natureza e de cultura. Se a primeira já é rica, imagine-se a segunda, que são conjecturas do homem tendo por base aquela.

Alargando ainda mais o problema, temos as situações em que não exista somente uma causa imediata, mas sim um complexo delas, em situação em que se verificam diversas concausas.

Nesse sentido, pode se dar que uma seja facilmente verificável, mas outra muito obscura, dentre tantas outras situações que aqui vistas de forma abstrata podem se configurar como verdadeiros “labirintos” para o juiz, ao analisar o caso em concreto.

Completando-se a problemática, já que volvemos a tratar da atividade jurisdicional, que é a sede em que se declara a responsabilidade civil do cirurgião-dentista, positiva ou negativamente, temos que tratar, mesmo que rapidamente, sobre a questão da prova.

Como se não bastasse a dificuldade ontológica da identificação do nexo causal, de que tratamos acima, temos ainda o elemento complicador do instrumento fornecido pelo Estado para que se ateste a sua existência: as provas.

São elas o móvel da verificação da realidade da vida, mas são também, em diversas ocasiões, a razão de frustrações, pela própria estreiteza de sua concepção. A prova, primeiramente, visa a configurar uma situação que, de regra, já se deu, é passado. E recuperar o passado sempre é tarefa tormentosa, visto que de realidade não mais se trata, até por ser esta muito fugaz e quase sempre imperceptível. Estamos sempre recorrendo ao passado e tentando prever o futuro. A primeira ação é a que nos permite a identidade. A segunda é a que nos motiva a novas conquistas.

E buscar a identidade de algo não é tarefa que pode ser desenvolvida, em sua plenitude, por meio de um papel, ou de uma fita *cassete*, *compact disc*, *digital video disc* ou qualquer outro meio.

Dizemos isso porque a prova sempre será a visão de alguém da realidade. E visão de alguém analisada por um outro alguém, o juiz. É, portanto, dupla transposição de algo que um dia se verificou mas que sabe-se ter sido de tal forma porque alguém o contou. Será que um contrato, por exemplo, tem o condão de demonstrar a coação que o gerou? Será que um *digital video disc* pode captar tudo o que aconteceu em uma dada festa?

É lógico que não. Por isso, a limitação do instrumento probatório é um problema grave na identificação do nexos causal, assim como também o é para a verificação do último elemento por nós a ser analisado: a culpa.

E como tratamos de nexos, de uma relação, de algo imaterial, devendo denotá-lo por meio de um instrumento limitado, como o é a prova, entendemos o porque de se dizer sempre ser difícilíssima a identificação do nexos causal.

Resumindo tudo o que dissemos, temos que nexos causal é aquele liame entre fatos que atribui a pelo menos dois destes (antecedente e

conseqüente) a qualidade mútua de serem causa e efeito um do outro, em relação a que se conferem efeitos jurídicos. Numa relação em que se presenciou um dano, sendo esse seu efeito mais visível, urge demandar, portanto: “o que foi que gerou esse dano”? E é justamente essa pergunta que tantas vezes fica sem uma clara resposta, impedindo que se continue a analisar a estrutura da responsabilização civil, que ainda possui um ponto a ser discutido: a culpa.

Nexo causal ou nexos de causalidade, portanto, é a relação entre o dano a ação que o provocou. Em não existindo relação entre o dano e a ação não há obrigação de indenizar.

Trazendo também o alvitre de consagrada doutrina pátria, representada pela civilista DINIZ (1998), “o vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua conseqüência previsível”. Não haverá obrigação de indenizar quando não existir nexos de causalidade entre a ação do agente e o dano experimentado por outrem.

Mesmo que o dano não seja conseqüência imediata da ação, surgirá a obrigação de indenizar caso verifique-se que a ação foi condição para a produção do dano. Esta seria a conseqüência mediata do dano.

Quanto a este efeito indireto da ação, como denomina DINIZ (1998), considera-se como o resultado causal do fato primitivo, ou seja, não deve ser desconsiderado, pois foi fato bastante para a concretização do dano. Neste sentido, esclarecendo esta posição, temos que: “basta que o autor seja responsável por uma causa, sempre que desta provier o dano, estabelecida sua relação com as demais”.

O nexu causal, que acima definimos, pode ser excluído ou descaracterizado, desfazendo-se assim qualquer pretensão ressarcitória, na ocorrência de algumas situações, que expomos:

- *Culpa Exclusiva da Vítima*: não haverá obrigação de indenizar se a culpa pelo dano for exclusiva da vítima, caso em que esta deverá arcar com todos os prejuízos e conseqüências. Neste caso não há nexu de causalidade entre a ação do agente e a lesão causada. Embora fale-se em culpa, o que naturalmente poderia tender o leitor a enquadrar essa hipótese na disciplina do próximo tópico, a verificação de que somente a vítima do dano para ele concorreu, tendo, pois, culpa exclusiva no resultado, é prova indireta de que a ação do demandado, do cirurgião-dentista, por exemplo, em nada influi na lesão afirmada e até confirmada. Diz-se ser essa prova indireta porque antes de se comprovar a impertinência da ação do cirurgião-dentista, o que seria uma prova direta, perquire-se e verifica-se que todo o efeito danoso observado se deu por ato de terceiro, no caso daquele que pleiteia a indenização.

- *Culpa Concorrente*: a culpa concorrente é aquela em que o agente e a vítima concorrem em alguma das três modalidades de culpa para causar a lesão. Neste caso, a obrigação de indenizar é repartida de acordo com a porcentagem de culpa de cada um. Em regra geral tal obrigação é dividida em partes iguais. Sobre o assunto, versa DINIZ (1998): “Não desaparece, portanto, o liame de causalidade; haverá tão-somente uma atenuação da responsabilidade, hipótese em que a indenização é, em regra, devida por metade”. Se o dano é causado em parceria, vamos assim dizer, que seja elidido ou reparado em parceria, nos limites da contribuição de cada um para a geração do dano.

- *Culpa Comum*: este caso ocorre quando a lesão foi causada pela vítima e ofensor conjuntamente, hipótese em que as indenizações devidas se compensam, neutralizando-as, caso a as duas partes se encontrem em posição

de igualdade. Encontrando-se em posição de desigualdade, cabe ao juiz da causa analisar a quantia a ser paga por cada um, estabelecendo assim a proporção de culpa de cada um na lesão.

- *Culpa de Terceiro*: o autor não será instado a pagar qualquer indenização à vítima se a lesão desta foi causada exclusivamente por ação de terceiro, caso em que este será o único responsável pelos danos causados. Se o autor for demandado em ação de reparação de danos, poderá suscitar a sua ilegitimidade, uma vez que não existe nexos de causalidade entre a sua ação e o dano da vítima, devendo ser o terceiro responsabilizado por eventual dano. Segundo os clássicos ensinamentos de DINIZ (1998), “a força excludente da responsabilidade por fato de terceiro dependerá de prova de que o dano for resultante de ato de terceiro, caso em que o ofensor ficará isento de qualquer responsabilidade”.

- *Cláusula de não Indenizar*: existente apenas na seara contratual, é a estipulação em que os contratantes, com a anuência do outro, declara não ser responsável por qualquer dano experimentado pela outra parte. Em existindo tal cláusula, estarão isentas de responsabilidade as partes contratantes. Para que tenha validade, deve ser bilateral, ou seja, não basta o mero aviso de uma parte à outra. Esse ensinamento clássico da doutrina civilista não pode ser mais aplicado em pleno vigor à seara dos contratos regidos pelo CDC. Este, assumindo como regra a vulnerabilidade do consumidor, protege-o contra cláusulas que tendam a abusar de seus direitos, tornando mais difícil a sua exitosa garantia, por meio da função jurisdicional do Estado. Por isso não se podem considerar livremente essas cláusulas, assim como se o faz em relação àqueles liames jurídicos regidos pelo CC. A realidade moderna da vida social exigiu um novo regramento, mais publicizado e que melhor defende aqueles que, numa dada relação, são desprivilegiados em comparação com aquele que figura no pólo antagônico.

1.5.4 Culpa *Latu Sensus*

Houvéramos dito que a responsabilidade civil possui uma configuração lógica mínima identificável, sendo ela o silogismo que é. Nesse sentido, seria essa configuração o ligar um fato pretérito a um outro futuro, numa relação de causa e efeito.

A partir dessa mínima estrutura já se pode verificar o dever de indenizar em sua inteireza ou em seu arcabouço externo, pelo menos. Se pudermos fazê-lo sem a consideração de qualquer outro elemento, dizemos que se trata de responsabilidade civil objetiva (somente elementos objetivos são levados em consideração na sua formatação).

Se ainda resta, no entanto, a necessidade de se perquirir acerca do elemento volitivo da conduta, de seu elemento subjetivo, que denominamos culpa, temos então a configuração da responsabilidade civil subjetiva.

Conforme se tratou na parte histórica da presente dissertação, a culpa foi elemento considerado como integrante da relação jurídica de indenização durante muito tempo. Tal pertinência pode ser analisada à luz de nossas próprias crenças sociais e práticas cotidianas. Parece-nos, falando-se em vida rotineira, até impiedoso e despropositado culpar alguém por algo que não cometeu por vontade sua ou que não se deu ao menos porque foi desastrado, desatento ou inábil.

E essa sensação que nós temos foi repassada para o fenômeno jurídico, que cuida daquelas relações que a ele importam. Nesse sentido que o CCB, de 1916, prescreveu que somente mediante a averiguação da culpa, entendida em seu sentido lato (dolo e culpa), poder-se-ia responsabilizar alguém por um ato que causasse dano a terceiro.

Não obstante tenha sido a culpa considerada na estrutura da relação indenizatória, à primeira vista, isto não significou que ela se tornou elemento inafastável do silogismo *ad eternum*. Elementos lógicos são os três antes tratados. A culpa é e sempre vai ser uma opção legislativa, que vem sendo derogada ultimamente em prol das enormes mudanças sociais que vimos observando.

Não obstante essa última constatação acima feita, e que é pormenorizadamente explicada nos tópicos em que tratamos do CDC, temos que para a responsabilidade civil do profissional dentista, nos termos do art. 14 § 4º do CDC, manteve-se a necessidade da perquirição da culpa para sua averiguação.

E porque é a culpa uma das maiores “vilãs” para a caracterização do dever indenizatório, tendo sido mitigada ou até extinta a necessidade de sua comprovação? A resposta a esta pergunta reside na própria investigação ontológica da culpa. É a culpa o elemento anímico da conduta que gera o efeito danoso. E como signo identificador de uma vontade, como o é a culpa, carrega em si toda a margem de insegurança que existe ao se afirmar o que determinada pessoa estava pensando ou tinha em mente em determinado momento relativamente a um assunto considerado.

Por mais que conheçamos alguém, por mais intimidade ou vivência que tenhamos com terceiros, nunca podemos saber ao certo o que estes estão pensando. O mais que podemos fazer é intuir seu raciocínio, a sua psique por elementos externos de sua conduta que nos são visíveis e que tendem a indicar o que realmente tinha em mente.

Analisar o elemento culpa, na responsabilidade civil, é uma forma de jogo de azar, em que se pode ter, em alguns casos, probabilidade idêntica de erro e acerto quanto à verificação de um desígnio, de uma vontade de um dado sujeito.

Exemplificando de forma rasa, imaginemos a situação clássica: imagine-se a estrutura de uma grande empresa, em que predomina a figura do chefe irascível, onipotente, mal educado. Pense-se que esse mesmo sujeito, mesmo estando completamente errado o chame em seu gabinete e o destrata por 10 minutos. Ao final do monólogo, você leitor simplesmente responde: “O senhor tem completa razão, eu fiz tudo errado e mereço tudo o que foi dito ao meu respeito”.

A objetivação ou percepção externa da psique do sujeito, a externalização de seu desígnio ou vontade denota uma conformação precisa ao que foi dito aos berros pelo inqualificável patrão. Não obstante esse dado fático cognoscível pelos demais seres humanos, aquele que foi “agraciado” pelo palavrório está se remoendo, sabendo que fez tudo certo, explodindo de ira contra seu chefe e louco por lhe dar uma surra. Essa é a sua vontade, seu desígnio, mas é esse um dado que não importa para o mundo do direito, por ser incognoscível para os demais seres sociais enquanto simples desejo reprimido e sem quaisquer conseqüências.

Se durante toda sua vida o sujeito pensar dessa forma mas nunca agir de modo semelhante, todos poderão nunca nem saber de sua verdadeira intenção. Começa-se a perceber, aqui, claramente, o porque de dizermos ser tão difícil a averiguação real do elemento culpa.

BRIÑON (1986), analisa o conceito de culpa no âmbito penal, procurando estender tais conceitos para a atividade do cirurgião-dentista. Define dolo como a intenção do ato ilícito e como culpa a ausência de previsão de um resultado típico e antijurídico.

Como não somos mais seres viventes em estado de natureza, em guerra eterna de todos contra todos, podemos assim dizer, acompanhando

HOBBS (1900), somos criados em uma normalidade, cercados de freios sociais que impedem que o mero instinto aflore em situações que não possam ser caracterizadas como extremas para a manutenção de nossa vida.

E sendo assim, é muito difícil, quase impossível perquirir o que se passa na cabeça de um dado indivíduo, ser social que é e que necessita de seus próximos para se manter. Nesse sentido, a partir do momento em que o direito entende como necessário considerar o elemento volitivo de uma conduta, somente pode se contentar com alguns de seus aspectos externos ou objetivantes, que tem o mero condão de indicar, às vezes com mais ou menos precisão, o que realmente considerava certo sujeito.

Enquanto não se desenvolver um leitor de mentes não se poderá ter qualquer forma de certeza acerca da vontade de um certo sujeito. E também não se diga que a confissão é esse instrumento, pois pode-se muito bem confessar algo para proteger um terceiro, por meio de coação física ou moral ou por insanidade mental, desejo de doentia exposição pública, dentre outros motivos.

A mente humana é mistério longe de ser resolvido e suas maquinações, idem. Se nem a primeira é perfeitamente entendida após um grande desenvolvimento de nossa ciência, imagine as últimas, que são abstrações, ligações lógicas, temporais e espaciais, de causa e efeito.

Recapitulando o que dissemos, portanto, temos que a culpa é o elemento volitivo da conduta, somente identificável por meio de aspectos externos de sua revelação. Assim sendo, por palavras, atos, e demais construções humanas podemos perceber e analisar esse elemento, o que se percebe ser muito fugaz, trazendo a marca da incerteza para as relações sociais que necessitem de sua verificação, para que a elas se confira um efeito jurídico.

Agora que tratamos dessa que é a identificação ontológica da culpa, e que geralmente não é explicada a contento nos manuais, que dizem da sua dificuldade mas não lhe identificam bem o porquê, falemos, mesmo que brevemente, de suas espécies, tendo por premissa, já adotada acima, de que o termo culpa até aqui utilizado o foi em seu sentido lato, englobando, portanto, o dolo, a imperícia, a imprudência e a negligência.

1.5.4.1 Dolo

De todas as tipificações do elemento volitivo da ação ou conduta, é o dolo a sua figura mais incisiva e que carrega em si maior sentido de intolerância social. É o dolo a vontade de produzir determinada consequência ou a assunção de seus claros riscos.

Pela própria caracterização que dessa figura, já se depreende a sua rejeição social dilatada, pois é contra todos os cânones da sociedade pretender, conscientemente, prejudicar o patrimônio de um conviva, desrespeitando um dos pilares do trinômio vida-liberdade-propriedade, que leva em consideração, de uma forma abstrata, todas aquelas situações, potencializadoras de conflitos, que podem se dar na vida em comum.

É hediondo para o direito querer prejudicar um terceiro e por isso consequências jurídicas para esse tipo de ação causadora de dano são elaboradas, infligindo tanto ao patrimônio como ao próprio corpo do agente da lesão uma pena, que pode ser entendida tanto como retribuição como por compensação pelo ato feito, além de seus outros caracteres, como sua função educativa e preventiva.

Como nos asseveram os grandes estudiosos da Teoria Geral do Direito, dentre eles REALE (1995), é este uma ordem de dever ser e não de ser. Por isso,

o descumprimento do que é legislado e imposto em dada sociedade é um dado já previsto, embora patológico. Com isso diz-se que é o direito eficaz mesmo quando não aplicado *in concreto* nos tribunais, visto que a sua simples disposição já inibe a maior parte do corpo social de praticar determinada conduta entendida como errônea (embora, como dissemos, não impeça que simplesmente nela pense o sujeito).

Nesse sentido ser a sanção elemento importante para que se complete a efetividade do direito, fazendo com que se retorne a um patamar de proporcionalidade nas relações sociais, situação essa que fora aquebrantada pelo ilícito.

E justamente por ser dada conduta proibida ou verdade produzida com a intenção para tanto é que se deve puni-la com mais severidade, visto ser uma afronta mais direta à ordem legal vigente do que o desleixo, o despreparo que marcam a conduta culposa *stricto sensu*.

Reportando-nos ao que disséramos acima, o dolo será analisado por meio de fatores que transpareçam, na vida social, essa intenção de prática do ilícito gerador de dano, o que pode gerar muitas injustiças tanto nas hipóteses de qualificação como de desqualificação errônea de uma conduta como sendo dolosa.

1.5.4.2 Culpa Strictu Sensu

1.5.4.2.1 Imprudência

Para chegarmos ao conceito de imprudência, devemos analisar primeiramente o conceito de prudência. Segundo o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (FERREIRA, 1995), prudência é “qualidade de quem age

comedido, buscando evitar tudo que julga fonte de erro ou de dano, cautela, precaução”.

Portanto, imprudência é a descuidada, descuido, prática de ação irrefletida e intempestiva, ou precipitada, inconsiderada, sem as necessárias precauções, resultante de imprevisão do agente em relação a ato que podia e devia pressupor.

Funda-se, pois na desatenção culpável, em virtude da qual ocorreu um mal, que podia e devia ser atendido ou previsto pelo imprudente.

ANTUNES *et al.* (2001), considerando especificamente o cirurgião-dentista, asseveram que age "imprudently, o protesista que, no preparo de um suporte para uma prótese fixa, aplica anestesia no paciente cardiopata grave, sem preocupar-se previamente em consultar o médico responsável pelo paciente. O cirurgião que age intempestivamente e descuidadosamente na extração de um siso incluso-impactado, ocasionando uma fratura ângulo-mandibular (...)".

1.5.4.2.2 Imperícia

É ignorância, incompetência, desconhecimento, inexperiência, inabilidade, imatéria na arte ou profissão, qualidade de quem é imperito.

Em sentido jurídico, revela-se na condução de encargo ou serviço que venha a causar dano pela falta de conhecimento acerca da matéria, da sua arte, profissão ou serviço. É a feitura de serviço por pessoa não hábil, que não conhece do ofício ou que não possui qualificação suficiente para tal.

No caso do cirurgião-dentista, em especial, podemos exemplificar com algumas situações como a do profissional que não consegue manejar a contento

determinada técnica, mas a utiliza (existe aqui um linha muito tênue entre o dolo eventual e a culpa, porque há casos em que a imperícia é tão flagrante que pode-se até cogitar sobre a primeira figura). É ele imperito por não dominar uma arte para que foi devidamente instruído (ou espera-se que tenha sido) no decorrer de sua vida acadêmica.

Poder-se-ia dizer, portanto, ser a imperícia uma imprudência qualificada pela natureza do ação, que deveria ser dominada por aquele que efetivamente lesou alguém por seu meio.

ANTUNES *et al.* (2001) afirmam que age impericialmente o profissional "(...) clínico geral, que sem uma atuação profissional e vivência na área da periodontia, propõe a efetuar uma cirurgia com material haloplástico, em um paciente com avançado quadro de perdas alveolares verticais (...)".

1.5.4.2.3 Negligência

É considerada negligente a pessoa que não age com prudência, ou seja, com os cuidados inerentes à sua profissão ou ofício. Portanto negligência é considerada como sinônimo de descuido, desídia, desleixo: falta de cuidado capaz de determinar responsabilidade por culpa.

Entre os casos de negligência, os mais comuns são erros de diagnóstico, tratamento impróprio ou inadequado, falta de cuidados indispensáveis, falta de higiene, dentre outros.

BRIÑON (1984), cita como exemplos de imperícia: erros graves de diagnóstico, que trazem incorreta indicação terapêutica; falhas técnicas grosseiras com cortes no rosto do paciente; secção de artérias dentre outros. A negligência é exemplificada pela autora com os seguintes exemplos: queda de instrumentos na

cavidade faríngea; a falta de controle pós operatório; não esclarecimento da previsão dos riscos do tratamento. Como exemplos de imprudência relaciona atos como a realização de procedimentos desnecessários.

ANTUNES *et al.* (2001), lecionam em seu trabalho que age com negligência aqueles profissionais cirurgiões-dentistas que "(...) não preveniu-se em evitar a fratura de uma lima no canal de um dente, ou o ortodontista que não dá a devida importância a uma prematuridade do molar desnivelado, que provocará um desvio posicional da mandíbula e conseqüente desordem temporomandibular; o mesmo ocorrerá com o implantodontista, que vê sua osteosíntese fracassada no paciente com grau avançado de osteoporose, que não foi previamente diagnosticada (...)".

1.5.5 Perdas e Danos

O termo perda, segundo o léxico FERREIRA (1995) denota o ato de perder, que, por seu turno, significa ser ou ficar privado de alguma coisa. Possuindo a mesma significação, dano corresponde a um prejuízo que sofre aquele que tem seus bens deteriorados ou inutilizados.

Conforme observa-se, portanto, tanto um signo como o outro indicam situações de diminuição parcial ou total de uma gama de bens já pertencentes a determinado sujeito, indicando, por sua simples interpretação, tratarem as alcunhadas perdas e danos de sacrifícios a um patrimônio então já constituído.

Será, no entanto, que essa ilação extraída de exegese literal da semântica de tais termos corresponde ao fenômeno jurídico que se convencionou nomear como tal? A resposta, que é de conhecimento de todos aqueles versados nas ciências jurídicas, tem de ser negativa.

Somente a parte do fenômeno corresponde tal sorte de situações, que convencionamos denominar danos emergentes. Uma segunda gama de prejuízos, que dizem respeito não a um patrimônio que se percebeu diminuir, mas a bens jurídicos que foram impossibilitados de se agregarem ao já existentes, representa-se pela locução lucros cessantes.

Assim sendo, dar-se a primeira crítica que se faz da nomenclatura dominante entre nossa doutrina e albergada em nosso sistema jurídico, falha esta que deve ser apontada antes mesmo de conjeturarmos acerca da própria definição jurídica de perdas e danos.

Já que dispôs-se a tanto, temos também a obrigação de oferecer indicações de como poderia ser o fenômeno auscultado melhor traduzido para o vernáculo, de forma a que seu signo possa, de forma mais precisa, demonstrar todo seu significado.

Uma resposta a estas indagações podemos encontrar no direito civil francês, referido por ALVIM (1965), em preciosa obra relativa à inexecução das obrigações. *“O Código Civil Francês, para designar o dano emergente e o lucro cessante usa da expressão **dommages et intérêts**, como se vê da rubrica que precede o art. 1.146, cuja tradução em português seria **danos e interesses**”* (ALVIM, 1965).

A expressão citada abrangeria tanto aquela lesão ao patrimônio existente do sujeito, como o impedimento a que ele se avulte, se expanda. Danos ou perdas, que são sinônimos, referir-se-iam, portanto, ao prejuízo aos bens de propriedade do lesado e interesses que diriam respeito a toda a sorte de implementos que se viu frustrada, por ação de outrem.

Não entendemos ser essa a melhor solução, visto que o emprego de significações cotidianas a termos importantes ao direito não necessariamente precisa ser respeitado, sendo que dado vocábulo, compreendido de uma tal forma para os leigos pode ter significado científico mais amplo ou mais restrito, de acordo com as necessidades técnicas de determinada ciência.

Ainda no intuito de mais profícuo entendimento do tema, continuemos a perscrutar o conceito de dano, e sua bipartição, já mencionada, em danos emergentes e lucros cessantes; uma definição que já foi objeto de diversas disparidades, normalmente versando também sobre outras imprecisões terminológicas, que estreitavam desarrazoadamente seu campo de incidência.

As primeiras elocubrações formalizadas sobre o dano tratavam-no como sendo a efetiva diminuição do patrimônio, consistente na diferença entre o valor atual do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação fora exatamente cumprida.

Não possuem essas visões da realidade uma congruência perfeita entre o signo que as representa e seu significado, visto que são tacanhas ao considerarem como dano somente a diminuição patrimonial, afastando aquelas hipóteses de nefasto desrespeito às prerrogativas pessoais imateriais, como a honra, o nome familiar, a reputação, deixando, ao largo, portanto, todas aquelas hipóteses enquadráveis sob a rubrica de dano moral.

São esses últimos não aferíveis patrimonialmente, sendo que a obrigação de indenização por um seu desrespeito não possui caráter de busca pela consagração do *status quo ante*. É antes disso uma sanção que se estabelece em razão da própria prática do ato maculador, propriamente resposta do ordenamento positivo aos intoleráveis desrespeitos que podem ser perpetrados contra o indivíduo enquanto sujeito vivente em dada sociedade, cravejada de

costumes, regras e cânones indicativos de um certo padrão a ser seguido por aqueles que buscam um mínimo reconhecimento, mesmo que seja esse reconhecimento a própria placidez da intimidade e do anonimato.¹³

Conforme abordado em nossa introdução, os termos dano, assim como perda, são sinônimos representativos de prejuízos à esfera de bens jurídicos já pertencentes a determinado sujeito, significado esse que afasta, de plano, quaisquer outras situações aflitivas de não agregação de valores ou bens àqueles já constituídos, que seriam denominados interesses.

A prevalência desse entendimento, abstraído da literalidade semântica dos termos, deixa duas claras soluções para a resolução do problema de nomenclatura, que ora tratamos: ou se estende o significado de dano ou perda, licença essa que pode se dar em prol de uma visão científica do fato jurídico, não necessariamente idêntica a um significado cotidiano, ou se aplica a dicotomia danos e interesses, supra relacionada, atrelando-se ao primeiro os danos emergentes e ao segundo os lucros cessantes.

Pugnamos pela primeira das soluções apresentadas, por uma série de motivos. O primeiro deles é a consagração, pela legislação pátria, da nomenclatura perdas e danos, tradicionalmente atribuída ao fenômeno desde o direito luso, cujas prescrições herdamos em grande parte; uma segunda razão seria o próprio vocábulo dano, que enxerta em nós a significação do prejuízo, da frustração, da não consecução de objetivos, situações essas mais facilmente

¹³ Sabe-se, pela própria experiência de vida, que é motivo de orgulho pessoal o agir social afastado dos holofotes, assim como a discrição no viver, que são formas de conservação de todo um modelo de vida que pode ter advindo tanto de uma educação conduzida a tanto como de caracteres da personalidade. Assim sendo, é realmente um reconhecimento para diversas pessoas a condução de suas vidas e obras de forma anônima, afastada de uma exposição excessiva na imprensa, por exemplo, e que pode acarretar em vastíssimas hipóteses de produção de dano à imagem. É assim que nem todos querem ter seu parto mostrado para todo o Brasil, ou não pretendem veicular essa ou aquela nobre ação implementada para o bem estar de quem quer que seja, gerando comentários insufladores da presença de fins demagógicos e endereçados ao simples marketing pessoal. É realmente um reconhecimento, mesmo que compartilhado somente consigo mesmo e com poucos parias, o agir simplesmente pelo prazer de fazê-lo.

entabuláveis sob sua rubrica, do que em interesses, que necessariamente deveriam ser qualificados (interesses frustrados, interesses insatisfeito, etc.); um terceiro motivo, ligado aos anteriores, diz respeito à própria facilitação da exposição do assunto, que alcunhado unitariamente possibilita mais sóbria esquematização e compreensão.

Nesse sentido dizermos que o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral. DINIZ (1998), informa ser este conceito anteriormente transcrito baseado na obra de BOVE.

A presente conceituação apresenta a evidente qualidade de agregar, sob um mesmo signo, a lesão ao patrimônio e ao íntimo dos sujeitos de direitos, assim como engloba as duas formas como pode se revelar esse prejuízo, seja a diminuição do patrimônio já aferível (danos emergentes), seja a impossibilitação de confirmação de interesses que poderiam se revelar economicamente relevantes ao prejudicado (lucros cessantes). Dos danos materiais e morais já tratamos, embora não o tenhamos feito com a extensão que merece o tema. Retratemos agora os danos emergentes e os lucros cessantes.

DIAS (1960), em poucas mas precisas palavras, leciona que *“em regra, os efeitos do ato danoso incidem no patrimônio atual, cuja diminuição ele acarreta. Pode suceder, contudo, que esses efeitos se produzam em relação ao futuro, impedindo ou diminuindo o benefício patrimonial a ser deferido à vítima. Aí estão identificados o dano positivo ou *damnum emergens* e o lucro frustrado ou *lucrum cessans*”*.

Seu alvitre clarifica a dicotomia de que vínhamos tratando, de forma paulatina, no transcorrer do texto, e que gerou, inclusive, a preliminar exposição terminológica que anteriormente escrevemos.

Dano emergente, como seu próprio nome já transparece, é lesão que emerge sobre algo já constituído, sobre bens ou interesses já existentes, sendo, num parâmetro comparativo, a depreciação de uma dada quantidade ou qualidade de situações juridicamente aferíveis.

Já os lucros cessantes são a impossibilitação, o freio à agregação de novos bens, a frustração das expectativas de implemento e incremento de condições econômicas que se tinha. O termo lucros cessantes, inclusive, é criticado por ALVIM (1965), que entrevê no termo a ilação de que comportaria ele somente a expressão daqui que, desde um dado momento já aferível, deixou de sê-lo, estancou. O que designamos por lucros cessantes, no entanto, compreende também aqueles dividendos que, mesmo sem incidirem anteriormente ao fato danoso, teriam sido produzidos se este não tivesse ocorrido.

Em lição de ANTUNES *et al.* (2001), em magnífico trabalho publicado, afirmaram que "(...) dano pode ser classificado como: emergente (quando o prejuízo recai sobre um determinado ganho financeiro); de lucros cessantes (quando impede o aumento do patrimônio) e moral (aquele que não se relaciona com bens materiais, mas sim, com o mais íntimo sentimento do ser humano, que faz sofrer quem tenha sido magoado em suas afeições legítimas, traduzidas por dores e padecimentos pessoais) (...)"

2 REVISÃO DA LITERATURA

2.1 Obrigações de meio e de resultado

2.1.1 Conceituação

Como acabamos de evidenciar, em percuciente análise, a responsabilidade civil do cirurgião-dentista, como profissional liberal que é, estabelecida pelo art. 14 § 4º do CDC, é subjetiva, ou seja, necessita da aferição do elemento anímico culpa para ser declarada judicialmente como existente.

Essa configuração da responsabilidade civil acarreta para o consumidor, via de regra, ao intentar demanda indenizatória em face do cirurgião-dentista, a necessidade de que prove, nos termos do art. 333 do CPC – que diz dever o autor provar os fatos constitutivos de seu pedido, o dano, o nexo causal e a culpa.

É de conhecimento geral que a prova da culpa é dos temas mais delicados e complexos atuados no processo e que muitas vezes a sua difícilíssima averiguação é motivo de denegação de justiça.

Por isso há muito que se tenta abrandar a sua caracterização, em alternativas que paulatinamente vieram buscar o seu afastamento, como se dá com a teoria do risco, amplamente empregada no CDC, mas que entremearam a postulação extrema com a sua permanência mitigada, o que se conseguiu pela previsão de sua presunção de existência.

FREITAS (1994), encarta que “com a edição do código de defesa do consumidor, em 11.9.90, o legislador trouxe para as relações de consumo um dos

grandes avanços da responsabilidade civil, tanto em nosso país como em outros países estrangeiros, qual seja a sua objetivação, excluindo, assim, a culpa da qualidade de requisito adjetivador da conduta do causador do dano, para a responsabilização no âmbito civil”. Sabe-se que, exceção à regra, é a responsabilidade dos profissionais liberais subjetiva, devido às suas peculiaridades.

Uma das teorias que buscou tratar dessa especialidade do elemento culpa foi a veiculada por DEMOGUE (1925), e que trata da classificação das obrigações como de meio ou de resultado.

DIAS (1960), arrazoa que a culpa presumida seria o resultado de uma paura dos subjetivistas em assumirem, incisivamente, a teoria da responsabilidade objetiva.

GOMES (1976) leciona que são obrigações “as relações jurídicas de natureza pessoal, visto que seu conteúdo é a prestação patrimonial, ou seja, a ação ou omissão da parte vinculada tendo em vista o interesse do credor, que por sua vez tem o direito de exigir aquela ação ou omissão, de tal modo que, se ela não for cumprida espontaneamente, poderá movimentar a máquina judiciária para obter do patrimônio do devedor a quantia necessária à composição do dano”.

Obrigação, no entender de DINIZ (1998), é o vínculo jurídico em que ao poder de exigir uma prestação, conferido a alguém, corresponde um dever de prestar, imposto a outrem.

Esse vínculo estabelecendo direitos e deveres aos seus compactuadores pode-se dizer ser o cerne da movimentação da vida cotidiana, sendo, por isso, um dos epicentros do estudo do direito, tanto material como processual.

Essa sua importância pode ser notada pela infinda quantidade de classificações que a doutrina, ao longo de milênios, que desde o direito romano, tentou implementar.

Dentre essas classificações, no entanto, nos importa aquela que, como referido acima, foi pioneiramente versada por DEMOGUE (1925) e comentada por KFOURI NETO (1998); PRUX (1998) e que qualifica as obrigações como de meio ou de resultado.

Segundo DINIZ (1998) e BITTAR (1990) essa classificação leva em consideração o conteúdo das obrigações. Esse é também o entendimento de SÉLLOS (1994), ao dizer que “existem, pois, diversas modalidades de obrigações, produzindo diferentes efeitos relevantes para nosso estudo. No momento, interessa-nos observar sua distinção quanto ao conteúdo obrigacional, resultando na classificação das obrigações de meio e de resultado”.

Mas aonde se encontra a importância desse conhecimento específico sobre as obrigações, dessa sua caracterização? Que conseqüências pode-se defluir da caracterização dos serviços prestados pelo cirurgião-dentista como uma ou outra?

Segundo NERY JUNIOR (1992b), para que se caracterize perfeitamente a responsabilidade do profissional liberal é imperativo que se leve em conta a dicotomia de conteúdos das obrigações, que podem, portanto, ser caracterizadas como de meio ou de resultado.

Para PRUX (1998) “ao examinarmos as obrigações contidas nos contratos de prestação de serviços por parte dos profissionais liberais, vemos que, quanto ao conteúdo, essas se apresentam sob duas espécies: as que são consideradas de meio e as que são consideradas de resultado”.

Infelizmente o pensamento tacanho de alguns impede que observem essa realidade que estamos expondo. Nesse sentido são os comentários de SÉLLOS (1994), que diz que “há doutrinadores que negam-se a compreender os motivos ensejadores da diferenciação de tratamento dos profissionais liberais pelo CDC. Ainda para os adeptos dessa maneira de pensar, o CDC não permite que se diferenciem os profissionais liberais uns dos outros, negando sua classificação de acordo com o tipo de atividade que desempenhem”.

Conteúdo, segundo FERREIRA (1995) é aquilo que se contém nalguma coisa. Essa definição simplista do termo poderia causar estranheza se levada para a seara das obrigações e de suas classificações: o que seria uma obrigação caracterizada por seu conteúdo? Seria um critério que aferiria o que se contém nela? E o que é que se contém em uma obrigação?

Essa crítica tem razão de ser porque a classificação das obrigações quanto ao seu conteúdo, em meio ou resultado, leva muito em conta a configuração de sua forma de cumprimento, propriamente a sua execução, que é um dos aspectos de seu conteúdo, de seus lindes, entendido “conteúdo” de forma mais ampla do que simplesmente a lexical. Assim sendo, obrigações de meio são aquelas em que se considera cumpridas de um dado modo e obrigações de resultado são aquelas que são adimplidas de outro, conforme analisaremos agora. Neste sentido DINIZ (1998); MONTEIRO (1999) dentre outros.

A mais completa definição de obrigações de meio e de resultado é a composta por DINIZ (1998), que pedimos vênha para transcrever em sua inteireza¹⁴:

¹⁴ A propriedade e a acuidade da mestra paulista podem ser atestadas pela corrente citação de sua lição. Vide PRUX, O.I. (1998).

“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. Infere-se daí que a sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final. Havendo inadimplemento dessa obrigação, é imprescindível a análise do comportamento do devedor, para verificar se ele deverá ou não ser responsabilizado pelo evento, de modo que cumprirá ao credor demonstrar que o resultado colimado não foi atingido porque o obrigado não empregou a diligência e a prudência a que se encontrava adstrito. Isto é assim porque nessa relação obrigacional o devedor apenas está obrigado a fazer o que estiver ao seu alcance para conseguir a meta pretendida pelo credor; logo, liberado estará da obrigação se agiu com prudência, diligência e escrúpulo, independentemente da consecução efetiva do resultado”.

Já, a obrigação de resultado, para a mesma autora, é *“aquela em que o credor tem direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em vista o resultado em si mesmo, de tal sorte que a obrigação só se considerará adimplida com a efetiva produção do resultado colimado. Ter-se-á a execução dessa relação obrigacional quando o devedor cumprir o objetivo final. Como essa obrigação requer um resultado útil ao credor, o seu inadimplemento é suficiente para determinar a responsabilidade do devedor, já que basta que o resultado não seja atingido para que o credor seja indenizado pelo obrigado, que só se isentará de responsabilidade se provar que não agiu culposamente”* (DINIZ, 1998).

Tratam também da distinção das obrigações em meio e resultado, apontando suas conseqüências (GOMES, 1976; MAGALHÃES, 1991; NERY JUNIOR, 1992b; SÉLLOS, 1994; PRUX, 1998).

O desenvolvimento contínuo e acelerado de métodos, aparelhos, técnicas e práticas no campo da ciência, tem contribuído de forma premente para que cada vez mais sejam as obrigações de seus profissionais caracterizadas como de resultado. A surpreendente velocidade das descobertas científicas tem trazido maior segurança ao consumidor desses serviços, que a eles se submetem cada vez mais com a firme certeza da obtenção do resultado.

E essa previsibilidade do resultado é o fator preponderante para a caracterização de uma obrigação como de meio ou de resultado. Nas primeiras, tudo o que se exige de seu prestador é o emprego de determinado meio sem olhar o resultado, pelo advento de uma série de conjunturas que afastam a dita previsibilidade de se chegar a um fim. Nas últimas, a ciência, a técnica e os conhecimentos evoluíram de tal forma que é possível, com grande grau de certeza, prever, que o resultado de dada intervenção se dará efetivamente, ficando-se obrigado a tanto. O melhor exemplo quanto às obrigações de meio é o tratamento dispensado aos portadores do vírus HIV, visto ser somente paliativo seu tratamento, sendo ainda inexistente qualquer método de cura para a AIDS. Situação que pode mudar, v.g., com o surgimento de um método que, com alta probabilidade de certeza, possibilite a sua cura. Nessa hipótese, extremamente desejável, em face da mazela que é a AIDS, a obrigação do profissional que se dispõe a tratá-la será a de cura, ou seja, de resultado.

É o exemplo da cirurgia plástica, com fins estéticos *strictu sensu*, que hoje, moderníssima, configura-se em obrigação de resultado, ou seja, vincula o devedor em relação a um desiderato específico. Neste sentido KFOURI NETO (1998).

KFOURI NETO (1998) assevera ser a responsabilidade do médico, em geral, aferida nos moldes e tendo por base uma obrigação de meio, sendo somente exceções as obrigações de resultado. A cura dos males corporais realmente não pode ser garantida com precisão na maioria das especialidades médicas, o que, não obstante, tende a se reduzir ainda mais, com o advento da tecnologia e do desenvolvimento da ciência. A prestação dos serviços médicos, portanto, caminha para um majoritário enquadramento como “obrigação de resultado”, caminho irreversível desse turbilhão que é a sociedade do século XXI.

Um enquadramento que já começa a se perceber patente em relação às obrigações contratuais, prestações de serviços odontológicos, estabelecidos por consumidores e fornecedores.

Os procedimentos odontológicos, seja por sua mais restrita incidência, seja pelas peculiaridades de seu exercício, cada vez mais têm adquirido um grau de previsibilidade e certeza quanto ao seu resultado, o que os torna aptos a serem definidos como obrigações de resultado.

Cada vez mais o cirurgião-dentista, à diferença dos sangradores da idade média, compromete-se com seu paciente não somente quanto à tentativa de cura de uma enfermidade, mas sim com a sua efetiva realização. E isso não se dá somente em relação aos procedimentos mais módicos. Até aqueles que há um certo tempo eram tidos como especialíssimos tem se banalizado pela evolução da ciência odontológica, tornando-se muito freqüentes seus sucessos.

Por isso o cirurgião-dentista, em um fenômeno muito mais visível e atual do que o profissional da medicina, tem presenciado a transmutação da natureza de suas obrigações quanto ao seu conteúdo, segundo a já apresentada definição: antes obrigações de meio; agora de resultado.

E qual é o efeito dessa mudança para a disciplina de sua responsabilidade civil, ou ainda mais, qual é a importância da diferenciação das obrigações do cirurgião-dentista em meio e resultado?

A consequência da caracterização da obrigação em um ou outro critério respeita à prova da culpa. Aqui reside a importantíssima diferenciação entre ambas, tão destacada assim devido à notória ciência da extrema dificuldade da prova da culpa, em sede processual. Neste sentido NERY JUNIOR (1999b).

As obrigações de meio, para serem descumpridas, necessitam da demonstração da negligência, do desleixo do devedor para com seu cumprimento, visto que é seu conteúdo a utilização de todos os meios disponíveis para a consecução de dado fim, sem que se vincule a ele. A presunção da culpa não cabe quanto a elas visto que é da própria essência da obrigação a sua ausência. Assim sendo, se fosse ela presumida, ter-se-ia que todo o devedor de uma obrigação de meio, quando questionado na justiça, seria culpado até a prova em contrário. Uma situação descabida e que não se pode considerar. Neste sentido NERY JUNIOR (1998).

Já as obrigações de resultado, para serem adimplidas necessitam evidenciar a produção mesma do resultado. Uma vez este não verificado, é até instintivo que pensemos que assim se deu por culpa do devedor, visto que era tranquilamente previsível que ele, utilizando-se dos meios dispostos, produzisse determinado fim. Uma vez não configurado o resultado, presume-se que o devedor tenha agido com culpa *latu sensu*, ou seja, dolo, negligência, imprudência ou imperícia, sem o que normalmente teria atingido seu desiderato. Neste sentido DINIZ (1998).

Perceba-se que enquanto na primeira a prova do elemento culpa é essencial para a verificação da existência do inadimplemento, visto que a sua

ausência se confunde com o próprio conteúdo da obrigação, nas obrigações de resultado são a prudência, o zelo e a perícia mero caminho para o aperfeiçoamento da obrigação, para seu adimplemento; circunstâncias que se presumem ausentes, portanto, caracterizando a presunção de existência da culpa, quando ao fim colimado não se chega.

Atente-se, nesse ponto, no entanto, que a presunção da culpa daqueles que não executam obrigações de resultado, não se confunde com a ausência da culpa como elemento definidor da responsabilidade civil. Ela continua presente, só que cabe ao fornecedor, a prova de sua inexistência e somente dela¹⁵.

Como já tivemos oportunidade de relatar, nos apoiando nas lições de DIAS (1960), é a responsabilidade subjetiva com presunção de culpa um “meio-termo” entre a teoria do risco e a doutrina tradicional, mas não pode ser vista como espécie da primeira.

Nesse sentido, portanto, dizer-se que a responsabilidade civil pela inexecução das obrigações de meio dos profissionais liberais dever ser provada pelos pacientes em seu triplo contorno: culpa, dano e nexo causal; e apontar-se que a responsabilização civil pelo inadimplemento das obrigações de resultado somente será investigada pelo credor quanto aos elementos nexos causal e dano, visto que caberá ao devedor a prova da ausência de sua culpa, uma vez que essa se presume.

¹⁵ A inversão total do ônus da prova, ou seja, quanto à prova de todos os fatos constitutivos do direito do consumidor é outra diferente hipótese, versada no art. 6º, VIII, e surgida no âmbito de uma relação jurídica processual, conforme se verá no tópico 2.7.

Quando falamos em responsabilização civil tratamos da aferição processual da existência do dever de indenizar, o que será atestado pela existência de seus elementos ensejadores, verificados por meio de prova, que é, em seu caráter objetivo, meio apto ao estabelecimento da verdade dos fatos de uma demanda. Sendo a prova, portanto, instituto processual voltado para a verificação da verdade, é seu destinatário o juiz e não as partes. Daí defluir o princípio da unicidade das provas.

Com isso quer-se dizer que mais do que o ônus das partes em provar os fatos que lhe interessem, existe o dever do juiz de descobrir a verdade. Somente a impossibilidade de cumprimento desse mister é que levará o magistrado a analisar essas questões de divisão do ônus da prova, quais sejam aquelas previstas no art. 333 do CPC, art. 6º, VIII do CDC e todas aquelas que advenham do próprio direito material, como a provinda dessa distinção entre obrigação de meio e resultado, incidindo regra presuntiva sobre esta última, como já visto. Neste sentido GIDI (1995).

Em alvitre preciso de ANTUNES *et al.* (2001), o profissional que utiliza-se de "argumentos do tipo: "Este tratamento irá deixar seu sorriso maravilhoso", "Você irá tornar-se mais jovem com este tratamento" ", estará o profissional assumindo uma obrigação de resultado frente ao paciente. Ainda de acordo com os ilustres doutores paulistas, a obrigação de meio para o profissional é "mais confortável e cômoda, isto porque, nesta situação ele compromete-se em aplicar todos os meios necessários no tratamento, para a cura ou para a solução do problema, sem no entanto assumir a responsabilidade de que tal resultado irá realmente ocorrer. Não assegurando ou prometendo a cura total, o profissional estará desta forma evitando a obrigação de resultado" que por motivos de ônus probante é mais crítica a desobrigação do profissional frente a seu cliente.

Nesses termos, portanto, a importância da caracterização das obrigações do profissional da odontologia como de meio ou de resultado, que se reflete na própria feição da aferição de sua responsabilidade, em sede jurisdicional.

De modo a que se vislumbre com mais nitidez essa caracterização, quanto às atividades do cirurgião-dentista, mais a frente neste trabalho, analisamos minuciosamente a maioria das possíveis intervenções profissionais do cirurgião-dentista e sua caracterização como obrigação de meio ou de resultado.

2.1.2 Fundamentação da obrigação do cirurgião-dentista quanto à sua natureza (meio ou resultado)

Vários doutrinadores ilustres já tentaram defender a responsabilidade civil odontológica como sendo de meio e/ou resultado, considerando as diversas especialidades. Isto com o objetivo de tornar mais específico e limitado o seu entendimento.

Dentre estes doutrinadores encontram-se o magnífico MENEGALE (1939), citado por DIAS (1960), que afirmou "a patologia das infecções dentárias corresponde a etiologia específica e seus processos são mais regulares e restritos, sem embargo das relações que podem determinar com desordens patológicas gerais; conseqüentemente a sintomatologia, a diagnose e a terapêutica são muito mais definidas e é mais fácil para o profissional comprometer-se a curar."

Outro doutrinador foi ARAÚJO, citado por OLIVEIRA (2000) procurou distinguir dentre as diversas especialidades as obrigações do profissional de odontologia apontando como especialidades passíveis de serem taxadas como obrigação de resultado: dentística restauradora; odontologia legal; odontologia

preventiva e social; ortodontia; prótese dental e radiologia. Para este doutrinador, as especialidades que podem variar, ora como obrigação de resultado ora como obrigação de meio são a cirurgia e traumatologia buco-maxilo-facial; endodontia; odontopediatria; ortodontia; patologia bucal; periodontia; prótese buco-maxilo-facial.

Observa-se que a especialidade de ortodontia está presente em ambas as possibilidades de enquadramento, além da enumeração não considerar várias das especialidades descritas na resolução CFO 185/93.

No que tange à distinção elaborada por ARAÚJO, citado por OLIVEIRA (2000), o nosso entendimento se corrobora como o entendimento deste último, no sentido de ser a referida distinção mais uma orientação do que propriamente uma definição final; por não se observar qualquer parâmetro científico que faça-nos aceitar a referida divisão. Trabalhos científicos que procuram analisar o índice de sucesso esperado, ou seja a previsibilidade de sucesso, não são fartos na área de saúde, e dentre estas áreas inclui-se a odontologia.

Porém, existem alguns trabalhos nesse sentido que buscaram analisar o índice de sucesso e previsibilidade, considerando condições padrão, ou seja, respeitando as indicações e cuidados técnicos preconizados, tentar estabelecer a previsibilidade de sucesso no procedimento e/ou especialidade estudada.

O eminente DIAS (1960) em sua época tinha fundamentos para aceitar o que MENEGALE (1939), citado por DIAS (1960) afirmou, a saber, que em nossos dias nem sempre iremos encontrar respaldo científico para aquelas afirmações, pois algumas das enfermidades que naquele tempo eram tidas como de prognóstico (previsibilidade) difícil, dentre elas a tuberculose, lepra, periodontites, pneumonia, dentre outras, hoje, com os avanços e descobertas de novas terapias, em especial de novos fármacos e procedimentos, possuem alta

previsibilidade de sucesso e caso não se alcance o dito sucesso, podem ou não ser enquadradas nas excludentes das obrigações de resultado.

WALTON & ABBOTT (1981), estudando clinicamente a injeção anestésica no ligamento periodontal concluíram que a previsibilidade de sucesso foi de 92%.

SMITH *et al.* (1983) afirmaram em seu estudo de avaliação clínica da anestesia ligamentosa que nas técnicas de anestesia local convencionais freqüentemente ocorre insucesso, em particular nos casos de procedimentos endodônticos e injeções suplementares freqüentemente necessárias e concluíram que, a freqüência de sucesso nas infiltrações no ligamento periodontal foi de 83%.

PAIVA & ANTONIAZZI (1988), esclarecem que o cirurgião-dentista deve sempre considerar o critério clínico e o radiográfico, de forma a tornar a avaliação do tratamento endodôntico menos questionável. Continuam citando que, fazer avaliação de resultados em endodontia apenas através de radiografias, que como se sabe é apenas um primeiro recurso de natureza somente sugestiva, é conduta questionável.

FORSTEN & KARJALAINEN (1990), estudando o cimento de ionômero de vidro aplicado em paredes proximais de primeiros molares, chegaram a conclusão de que o percentual de sucesso foi de 84% quando foi usado o ionômero de vidro Ketacfil e foi de 77% quando usado o ionômero de vidro *Cermet* (Ketac-Silver).

HAAS *et al.* (1990) elaboraram um trabalho em que comparavam as catecolamidas, articaína e prilocaína. Chegaram a conclusão que, a infiltração mandibular alcançou sucesso em 65% com o uso da articaína e 50% quando do uso da prilocaína.

BARR *et al.* (1991) estudaram o índice de sucesso alcançado pelo procedimento pulpotomia com formocresol (em mulheres e crianças) e após 40,2 meses chegaram à conclusão que em 82,3% dos casos ocorreu sucesso no procedimento, em 3,2% dos casos foi constatada a necessidade de retratamento e em 14,5% dos casos ocorreu insucesso no procedimento.

CARVALHO *et al.*(1991), concluíram que as restaurações conservativas de classe I oclusal com ionômero de vidro mostrou que em 70% dos casos foi obtido sucesso. Concluíram também que o referido cimento é um material crítico e necessita de cuidados para que se obtenha o dito sucesso em seu desempenho.

VANHERLE *et al.* (1991) estudou os diferentes adesivos aplicados nas lesões cervicais e chegou à conclusão que os diferentes adesivos dentinários, quando associados à retenção mecânica ofereceram uma maior possibilidade de sucesso clínico quando considerada a adaptação marginal, retenção e estética.

WAIKAKUL & PUNWUTIKORN (1991) afirmaram que por várias razões em muitas situações o bloqueio do nervo alveolar inferior não é efetivo havendo necessidade de administração do bloqueio extraoral do referido nervo.

Observa-se que apesar de ser primariamente uma obrigação resultado, em algumas situações é fundado a transmutação para obrigação de meio ou ainda, fica presente e fundamentada a eximente de culpabilidade na modalidade, caso fortuito.

BARR-AGHOLME *et al.* (1991) acompanharam por dois anos clinicamente as resinas fotoativadas e amálgamas em primeiros molares e após o referido lapso temporal os componentes obtiveram índice de sucesso em 88% e o amálgama de prata 68% de índice de sucesso. Afirmaram também que os

resultados indicaram que os compostos podem ser usados com boa previsibilidade de sucesso na classe II de primeiros molares de crianças.

KAUFMAN *et al.* (1991), avaliando a performance na obtenção de anestesia local em crianças concluíram que em 73% das administrações ocorreu sucesso.

DUNCAN *et al.* (1994) determinaram em trabalho que o percentual de sedação pelo óxido nitroso a 75mg/kg em odontopediatria foi de 85% de sucesso em 50 casos estudados.

WEINE (1995) afirma que o sucesso do tratamento endodôntico ocorre em percentual elevado e quando ocorre o insucesso, o retratamento seja cirúrgico ou não, são opções que têm prognóstico de sucesso boas. Afirma ainda que as principais causas de insucesso são causadas por obturação radicular curta, incompleta, sobre-estendida, infra-instrumentação ou qualquer outra falha do operador.

FRIEDMAN *et al.* (1995) estudaram o nível de sucesso e insucesso após os tratamentos endodônticos, onde foi utilizando o cimento de ionômero de vidro como selador (Ketac-Endo) relatou a variação dos resultados clínicos verificados. Em seu estudo foi utilizada a técnica do cone único ou a técnica da condensação lateral na obturação do canal com guta-percha e nível de significância estatística de 5%. Após 18 meses chegou à conclusão de que o referido cimento de ionômero de vidro obteve sucesso em 78,3% dos casos, em 15,6% obteve sucesso incompleto e em apenas 6,1% dos casos observou-se insucesso.

POLLONI *et al.* (1995) avaliaram o sucesso da raspagem subgengival ou com acesso cirúrgico em bolsas rasas e profundas, definindo como limite em

rasa e profunda a profundidade de bolsa de 5mm. Concluíram que em 47% das faces instrumentadas puderam ser classificadas como satisfatórias ou ótimas e que os restantes 53% necessitariam de uma reinstrumentação ou outro tipo de terapia. Os casos de insucesso relacionaram-se principalmente com concavidades e irregularidades radiculares. A raspagem com acesso cirúrgico foi o procedimento que maior porcentagem de sucesso apresentou nos casos com bolsas maiores ou iguais a 5mm e nos casos das bolsas menores que 5mm a raspagem subgingival foi tão eficiente quanto a raspagem com acesso cirúrgico.

NAQVI (1996) concluiu que o uso de 7,5 mg de midazolam no tratamento de verminose em crianças mostra 77,8% de sucesso indicando grande previsibilidade de sucesso o seu uso, para tal fim e na dose citada.

COGGINS *et al.* (1996), estudando a eficácia da injeção anestésica intra-óssea na maxila e mandíbula concluíram que na mandíbula o sucesso do procedimento variou entre 75% e 78% e na maxila variou entre 90% e 93% variando de acordo com a região objeto de analgesia.

OLSTAD *et al.* (1996) afirmaram em seu trabalho que o percentual de sucesso em transplantes autógenos em reconstrução oral é de 94,9%, usando os ossos ilíaco, fíbula, rádio e a pele. Os restantes 5,1% foram insucessos decorrentes à trombose que podem, a nosso ver, ser eximente de culpabilidade do profissional, na modalidade caso fortuito.

ROULET (1997), estudando a longevidade dos *inlay* cerâmicos e dos AAGs, concluiu que após 6 anos a previsibilidade de sucesso do *inlay* cerâmico foi de 76% e de restauração em amálgama de prata foi de 87% obedecidas todas as orientações técnicas.

MATTHEWS *et al.* (1997) estudaram a eficiência da administração de anestesia na prática dental geral, concluindo que 93% dos casos sob responsabilidade do cirurgião-dentista experiente, foram julgados como procedimento confortável ou completamente confortável.

HEPWORTH & FRIEDMAN (1997) avaliaram as possibilidades de sucesso, insucesso e casos de previsibilidade duvidosa dos tratamentos endodônticos e concluíram que o retratamento do dente associado com a periodontia apical resultou em 66% de sucesso, 11% de previsibilidade duvidosa de sucesso e 23% de insucesso. Concluíram também, os estudos, que a cirurgia apical aplicada com o objetivo de eliminar-se as reações apicais indesejadas no tratamento endodôntico resultaram em 59% de sucesso, 22% de previsibilidade duvidosa de sucesso e 19% de insucessos.

ERICSSON *et al.* (1997) relatam que após 5 anos todos dos 61 implantes estudados encontravam-se em perfeito estado de serviço, demonstrando que o grau de sucesso é altíssimo, garantindo a previsibilidade científica ao profissional, que segue as normas preconizadas para instalação de implantes.

BLAIN & HILL (1998) concluíram que a sedação por inalação, pode ser usada em crianças como opção à anestesia geral com fim de extração dental. No estudo houve 83,4% de completo sucesso de sedação por inalação, a baixa idade e múltiplas extrações predispõem ao insucesso do tratamento.

FRADEANI (1998) estudou o índice de sucesso das coroas *venner* anteriores após 6 anos de acompanhamento. Tais coroas foram confeccionadas seguindo todas as normas técnicas recomendadas. O estudo concluiu que o índice de sucesso ficou em 98,8%. Após 6 anos de instalação, houve apenas 1 falha em 82 sucessos em 21 pacientes.

SHIBAHARA *et al.* (1998), estudando as microanastomoses da cavidade oral e cirurgia maxilofacial afirmaram a importância de uma boa anamnese para que se obtenha sucesso e que a maioria dos insucessos, naqueles casos estudados por ele, foram decorrentes de uma anamnese mal feita. Acreditamos que esta afirmação se aplica a qualquer área da ciência.

LEKHOLM *et al.* (1999) compararam o índice de sucesso dos implantes, que ficou no estudo fixado em 77%, os sucessos alcançados pelos *inlays*, *onlays* e em *Le Fort I* ficaram situados entre 76% e 84%.

FRITZ (1999), estudando o estágio dos implantes osteointegrados, chegou à conclusão que o índice de sucesso dos implantes quando obedecidas as indicações e procedimentos indicados, são superiores a 90% e os implantes mandibulares têm índice de sucesso maior que os implantes maxilares.

CHOI *et al.* (1999) concluíram que a maioria dos erros pelo uso do arco facial são inerentes a falhas do operador.

GAYE *et al.* (2000), avaliando clinicamente o ponto de contato e a adaptação marginal das restaurações de amálgama de prata concluíram que em 63,63% ocorreu falhas operacionais do profissional com relação ao procedimento. Desta forma concluí-se que em 63,63% dos casos de insucesso estudados por GAYE *et al.* (2000), houve culpa e conseqüente erro do profissional.

CARNEVALE & KALDAHL (2000) afirmaram que o restabelecimento da dimensão biológica através de cirurgia é muito importante pois desse procedimento, realizado corretamente, se obtém o sucesso. Tal afirmativa é válida uma vez que se não restabelecermos a dimensão biológica estaremos infringindo norma técnica importante e fatalmente obteremos insucesso no resto do tratamento, caracterizando culpa do profissional.

CLEMENT *et al.* (2000) desenvolveram um trabalho científico onde avaliaram o sucesso do capeamento direto da polpa, após escavação por cáries e chegaram à conclusão de que decorridos seis meses após o tratamento o índice de sucesso no procedimento ficou estabelecido em 73,8% onde os dentes anteriores mostraram percentual de sucesso maior do que os pré-molares e molares.

MARSHALL (2000) afirmou que a cooperação do paciente é crucial para o sucesso.

OLIVEIRA FILHO *et al.* (2001) concluíram que após 30 bloqueios anestésicos, os médicos em especialização, alcançaram 90% de taxa de acerto de técnica e que 50 bloqueios, no mínimo, são necessários para que o médico em especialização obtenha a proficiência em identificar o espaço subaracnoídeo, obtendo assim o máximo de previsibilidade de sucesso.

WIDMARK *et al.* (2001) afirmaram que o índice de sucesso, em diversos procedimentos odontológicos, nos não fumantes foi maior que nos fumantes e que após 2 anos de controle, observou-se um índice de sucesso que variou entre 82% e 96% dos procedimentos.

ANTUNES *et al.* (2001), citando trabalho de QUEST (1998) escrevem que "Não ocorre uma unanimidade de opinião entre as manifestações de legisladores e juristas; se a atividade de cirurgião-dentista, deve ser classificada como sendo uma obrigação de meio ou de resultado. Mas a grande parte dos juristas entende que, ao contrário dos procedimentos do campo da medicina, para maior a parte dos tratamentos odontológicos é possível prever um resultado final. Desta forma tais tratamentos recaem ,como regra, em obrigações de resultados, tendo o dentista, além dos deveres de empregar todo o zelo ao exercício de seu

ofício e de utilizar os recursos de sua profissão, também a obrigação de garantir um fim esperado pelo paciente."

No mesmo diapasão, no entanto, entendo fundado na doutrina e jurisprudência mais abalizada, que o profissional não será responsabilizado se provar que o resultado diverso do esperado (espera esta, com apoio de estudos científicos aceitos), ocorreu devido a fatores como caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima.

Diante ao exposto, devemos ter consciência de que para uma determinada técnica e/ou material ser aceito pela comunidade científica deve naturalmente ter um alto grau de confiabilidade e previsibilidade de resultados, para que se obtenha o sucesso pretendido, e se assim não for visto pelo profissional, no caso *in concreto*, deve-se esclarecer ao paciente por escrito dos riscos e possíveis insucessos decorrentes de atuação profissional pois considerar genericamente um caso é diferente de considerá-lo observando detalhadamente todas as suas nuances, que não podem ser desconsideradas na contratação dos serviços odontológicos. Apesar de serem primariamente, em sua maioria, considerados como sendo obrigação de resultado, podem ser pactuadas como sendo obrigação de meio, cabendo ao julgador, verificar se não houve desequilíbrio contratual, como forma de facilitar a defesa, de qualquer das partes, em eventual questionamento.

2.2 Ônus da prova nas lides de consumo

2.2.1 Noções preliminares

A prova é um dos temas centrais no estudo do direito processual civil. Essa sua preminência pode ser averiguada tanto pela enorme quantidade e extensão das obras que a ela se destinaram como devido à própria finalidade da

prova no processo, que é fornecer os motivos de convicção do juiz para que possa ele decidir a pretensão ou pretensões apresentadas.

CARNELUTTI (2000), naquela que é sua obra definitiva, no que tange ao direito processual civil, assevera, ao tratar do tema das provas, que “no momento, é bastante dizer, em termos gerais, que são meios dos quais o juiz se serve para conhecer os fatos”.

MARQUES (1962b), nos ensina que “o processo de cognição tem na prova um dos institutos de mais fundamental importância para atingir a sua *causa finalis*”.

LOPES (2000), aponta, como também o faz o já citado Frederico Marques, que “a prova constitui, inquestionavelmente, um dos temas fundamentais do direito processual e, por isso, a doutrina pátria e a estrangeira lhe tem reservado especial atenção e cuidado”.

Ora, esse rápido olhar sobre a finalidade da prova já nos deixa sobressaltada sua importância, visto que, por regra, somente as alegações das partes, devidamente provadas, poderão ser objeto de uma decisão judicial, segundo nos diz o antigo provérbio romano “*iudex debet iudicare secundum allegata et probata a partibus*”.

Percebe-se, no processo, relação jurídica instrumental em face daquela de direito material, embora independente, sua finalidade de busca pela verdade, ou pelo menos pela verossimilhança, visto ser a verdade um imperativo muito alto em face das limitações cognitivas do instrumento processual. Sobre o tema vide MARINONI (2000) que em sua obra menciona CALAMANDREI (1999), em lição haurida de Wach constante de sua obra “Estudos de Direito Processual Civil”.

Precisa como de costume também é a lição de DINAMARCO (2001), que nos ensina que *“a certeza, em termos absolutos, não é requisito para julgar. Basta que, segundo o juízo comum do homo medius, a probabilidade seja tão grande que os riscos de erro se mostrem suportáveis (...) Exigir certeza absoluta seria desconhecer a falibilidade humana”*.

Verdade ou verossimilhança essa que deve ser embasada por meios hábeis a atestar a ocorrência de situações geradoras de direitos, que, no entanto, nem sempre conseguem ser formados no bojo de uma realidade tão restrita quanto a processual, seja por imprevistos advindos de dificuldades econômicas, temporais, ou inerentes à própria situação confrontada no judiciário.

Nesse sentido é lapidar o comentário de MARQUES (1962a), ao demonstrar a limitação da cognição do órgão julgador, dizendo estar ele, em suas investigações, *“confinado em restrita área de pesquisas onde não pode atuar com a desenvoltura e liberdade que tem, por exemplo, um homem de ciência. O juiz necessita cingir-se ao procedimento probatório que na lei vem demarcado, e também decidir mesmo quando meios se lhe não fornecem de ampla pesquisa e investigação a respeito das *questiones facti*”*.

Com isso quer-se dizer que, por mais empenho que se verifique das partes ou do órgão julgador, como impulsionador e instrutor da causa (art. 131 CPC), existem situações em que os fatos embasadores das pretensões das partes não conseguem ser devidamente esclarecidos, surgindo para o julgador, então, séria dúvida acerca da pertinência do direito quanto ao autor, que o requer em sua(s) pretensão(s) aposta(s) em sua petição inicial ou quanto ao réu, que opõe sua resistência, contra-pretensão, em sua contestação.

Nessas dadas hipóteses, pode o juiz desincumbir-se de seu dever de prestação da tutela jurisdicional, fazendo do processo instrumento inócuo,

simplesmente exarando um *non liquet*? Evidentemente que não, visto que em assim sendo, seria o processo civil refém de suas finalidades e princípios, que ao cabo de tudo impõem a necessidade de pacificação social. O *non liquet* seria, sempre, uma forma de negação da pretensão do autor, que se veria atado à situação fática anterior à sua demanda – embora saibamos que nem sempre tenha o autor a verdade ao seu lado.

Como, então, pode o processo civil fornecer ao julgador o mecanismo que o faça exercer a jurisdição mesmo nas nebulosas hipóteses de não comprovação dos fatos levados à sua cognição?

A resposta a essa indagação está na regra do ônus *probandi* ou ônus da prova, que é princípio de julgamento que possibilita a decisão das controvérsias mesmo nas hipóteses de maior obscuridade acerca dos fatos da causa, entendidos esses tanto como aqueles constitutivos do direito do autor como os impeditivos, extintivos e modificativos daquele, opostos pelo réu. Pela divisão da necessidade de prova desses fatos tem-se como evitar o que seria uma desgraça para o processo, que é o *non liquet*, a entrega jurisdicional vazia, a continuação do fenômeno de litigância social, tão prejudicial ao desenvolvimento da comunidade.

Percebe-se, a partir dessa primacial constatação, a verdade da assertiva de CHIOVENDA (2000), que em sua obra maior, assevera que a “disciplina do ônus da prova figura entre os problemas vitais do processo e aqui se vincam as mais profundas diferenças entre os processos de civilizações diversas, como desde o princípio explanei, confrontando entre si o processo romano e alemão no momento de seu encontro”.

Essa função primordial do ônus da prova, no entanto, não é a sua única. Visando compreender os diversos aspectos que pautam o tema, iniciamos o

presente estudo, que tentará traçar, apoiado tanto na doutrina nacional como na alienígena, aqueles contornos vitais ao esclarecimento do assunto.

Nesse sentido, estudar-se-á, prejudicialmente, o que seja a prova, em seus aspectos subjetivo e objetivo; o conceito de ônus, gênero do qual a prova é espécie; e finalmente o tema em si, quando trataremos de seus aspectos subjetivo e objetivo, este último já acima assinalado.

Como forma de enriquecimento do debate, discutiremos, ao final, sobre os temas dos poderes instrutórios do juiz - que se encontram coligados ao do ônus da prova, embora desde logo se assevere serem intrinsecamente compatíveis as duas realidades - e do ônus da prova no CDC, principalmente em face da novel norma do art. 6º, VIII, que estabeleceu a hipótese de sua inversão, mediante suas duas situações específicas (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor), que conforme veremos com mais detalhes *infra*, a inversão se dá a critério do julgador, nas hipóteses em que os fatos controvertidos e que baseiam as pretensões das partes não restarem comprovados, no momento da sentença.

Traremos, como forma de enriquecimento do trabalho, algumas citações à antiga legislação nacional e à estrangeira, principalmente italiana e alemã, duas das principais fontes de nosso moderno direito processual.

2.2.2 Conceito de prova

Segundo FERREIRA (1995), etimologicamente prova significa “aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de algo; ato que atesta ou garante uma intenção ou sentimento, testemunho (...)”.

Trazendo o conceito de prova acima dado para o mundo jurídico, verificaremos que somente uma das acepções do fenômeno foi tratada, aquela que convencionamos denominar objetiva e que explanaremos logo em seguida.

O vocábulo, como atesta LOPES (2000), “provém do latim (*probatio*), com o significado de verificação, exame, inspeção”.

Durante toda a história, possuíram as provas diversas facetas e inúmeras formas de apreciação. Nesse desenrolar histórico, no entanto, apresentaram forma mais canhestra no período posterior à queda do império romano, ou seja, durante a idade média, sob as rédeas do direito barbárico-germânico. Sob sua égide viu-se afluírem as denominadas ordálias, ou juízos de Deus, enorme retrocesso no campo do processo civil e que atrelou à justiça divina a comprovação da veracidade ou não dos fatos que haviam gerado uma dada pretensão, e conseqüentemente a culpabilidade ou não dos acusados ou demandados.

Submetiam-se os litigantes, principalmente nos processos de natureza penal, a provas cruéis e ilógicas como a da água fria e a da serpente. Caso nenhum mal sofressem, ao largo de sua execução, o que ocorreria por obra de Deus, que não deixaria um inocente sofrer imotivadamente, ter-se-ia decretada sua inocência.

As duas citadas ordálias ou juízos de Deus consistiam, respectivamente: em jogar em um rio o acusado, que se boiasse seria considerado inocente e se afundasse seria culpado; confinar o réu em um local repleto de cobras, que se o mordessem, demonstrariam a sua culpa em relação às afirmações postas em juízo. Um perfeito esboço desse período em particular se encontra no excelente tratado de autoria de SANTOS (1983).

Esse período de barbárie da prova foi gradativamente cedendo em prol de uma verificação mais objetiva e segura, passando-se, ainda, por um sistema que hodiernamente existe como uma exceção, que é o das provas legais. Neste sentido SANTOS (1983).

Diz-se que o sistema das provas legais ainda subsiste como uma exceção em nosso ordenamento, porque o CPC alberga algumas disposições que indicam uma clara tarifação ou valoração a determinados tipos de provas. O exemplo mais marcante está na norma do art. 366, *in verbis*: “Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”. Neste sentido SANTOS (1983).

Por essa metodização, os meios de prova, *in abstracto*, teriam determinadas cargas ou pesos na validação dos fatos. Assim, a título de exemplo, um testemunho seria, sempre e de antemão, a prova mais conclusiva para a determinação da verdade dos fatos, não importando fossem todas as demais provas e indícios reveladores de realidade oposta. Neste sentido SANTOS (1983).

Esse sistema, que embora apresentasse evoluções em relação aos maléficos juízos de deus, não podia ainda ser considerado o ideal, com a modernização da ciência do direito cedeu espaço para a teoria do livre convencimento racional, albergada em nosso CPC no art. 131¹⁶; no CPC italiano (CODICE DI PROCEDURA CIVILE, 2001), art. 116¹⁷ e no ENCINAS & MÍGUEZ (2001), citando o ZPO alemão em seu § 286¹⁸.

¹⁶ Art. 131 – O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

¹⁷ Art. 116 – Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti (...).

¹⁸ § 286 – El tribunal, teniendo em cuenta el contenido íntegro de los debates y el resultado de un eventual recibimiento a prueba, decidirá según libre convencimiento acerca de si una alegación material debe considerarse cierta o no.

Nos dias de hoje, a teoria da prova encontra-se desenvolvida em diversos outros aspectos. Assim sendo, não mais restam dúvidas quanto à sua natureza jurídica ser de direito processual, este é o entendimento de diversos doutrinadores ilustres dentre eles MARTINS (1960); MARQUES (1962a); SANTOS (1983); CHIOVENDA (2000); LOPES (2000); MATTOS (2001). É nesta seara que elas, as provas, encontram sua aplicação e utilidade – de verificação da veracidade ou não de fatos jurídicos e é pelos processualistas que elas foram mais minudentemente estudadas.

Uma dissensão importante neste estudo é a de CARNELUTTI (1984), que embora ao início de suas pesquisas e nas primeiras edições de seus clássicos entendesse ser a prova instituto de direito processual, passou a entendê-la como realidade pertencente ao direito de forma mais ampla, visto que segundo ele teriam elas pertinência também fora do âmbito do processo, somente possuindo aqui mais visibilidade.

No mesmo diapasão, em lição de LOPES (2000), é tranqüila a classificação da prova segundo seus aspectos objetivos, ou seja, como conjunto dos meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo e subjetivo, qual seja, a convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo.

Interessante é notar que essa dicotomia, na doutrina do italiano SATTA (2000), apresenta variação somente quanto à sua nomenclatura. Segundo o mestre peninsular *“il termine di prova, che appartiene al linguaggio comune, há giuridicamente due aspetti: il primo, che si può dire statico, è quello di ente o mezzo decisivo o rilevante per la certezza di un fatto. (prova em sentido objetivo) (...) Il secondo aspetto della prova è quello dinâmico, e cioè in rapporto alla efetiva verifica di un fatto (prova em sentido subjetivo)”* (grifos nossos).

Objeto de prova, por sua vez, são os fatos jurídicos embasadores das pretensões opostas em juízo, que por regra geral necessitam ser atestados, – exceção são os fatos que gozam de presunção de veracidade (que, no entanto, pode ser elidida) e os fatos notórios e incontroversos – e excepcionalmente, como leciona DINAMARCO (2001)¹⁹, o direito, nas circunstâncias do art. 337 do CPC²⁰.

Em tempo, registre-se que o conceito de pretensão é outra notabilização do labor de CARNELUTTI (1999), que assevera ser ela a vontade ou necessidade de fazer sucumbir interesse alheio ao seu próprio.

Sabendo-se dessas premissas básicas sobre o tema da prova, restamos a pergunta que introduz nosso principal objeto especulativo: a quem cabe a prova dos fatos da causa, que instruem as pretensões processuais carreadas pelo autor (prestação, declaração e constituição) e pelo réu (declaração negativa)? Essa é uma resposta que obteremos ao perscrutarmos o instituto do ônus da prova.

Nota-se que aqui utilizamo-nos do termo sentença de prestação, em lugar da denominação mais popular sentença condenatória. Procedemos de tal forma por ser o termo usado mais abrangente do que aquele deixado ao largo, incluindo-se, com a utilização deste signo os significados de condenação, mandamentalidade e execução *latu sensu*. Quem também se utiliza do termo é CHIOVENDA (2000), ao definir o objeto das ações e conseqüentemente das sentenças, no processo civil. Emprega-se o termo conseqüentemente devido a uma questão de lógica processual e em respeito ao princípio dispositivo, que

¹⁹ Art. 337 – A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”. “O art. 337 do Código de Processo Civil atribui o ônus da prova do teor e vigência do direito estrangeiro, estadual, municipal ou consuetudinário à parte que o houver alegado. A parte só terá esse ônus, contudo, na hipótese de o juiz fazer a exigência da comprovação e assim incluir tais normas no objeto da prova”.

²⁰ A regra do art. 337 do Código de Processo Nacional encontra paralelo no ZPO § 293, que prescreve: “el derecho vigente em outro país, los derechos consuetudinários y estatutos requieren prueba solo entanto que sean desconocidos para el tribunal (...)”.

impõe a regra de que todas as pretensões que foram carreadas no pedido inicial do autor devem ser decididas em sentença, existindo, portanto, uma congruência entre o pedido e a sentença.

2.2.3 Ônus da prova no processo civil

2.2.3.1 Conceito de ônus

Como pontifica o professor RODRIGUES (2000), no esteio do magistério de ALVIM NETO (1997), o processo é instrumento que se desenvolve e é impulsionado por meio de regras que possuem a natureza de ônus, acompanhadas pelo fenômeno da preclusão.

Sendo tão presente no processo essa figura, cabe que a entendamos, visto estar ontologicamente afastada dos conceitos de dever e de obrigação, por esses imporem uma sanção que se reverte a terceiros.

O ônus é uma carga que se impõe ao sujeito, geralmente da prática de um ato, e que imputa conseqüências, no caso de sua não realização, somente ao contumaz. Ao contrário do que ocorre com uma obrigação, que se descumprida acarreta o direito de indenização, v.g., daquele que se viu prejudicado, o descumprimento do ônus só gera prejuízos àquele que lhe deu causa. Assim sendo, aquele que não contesta ou que não impugna especificamente os fatos constitutivos do direito do autor, ou seja, suas causas de pedir, via de regra, têm como verdadeiros os fatos opostos contra si, pois não se desincumbiu do ônus de contrapor a demanda do autor, nos termos do arts. 302 e 319 CPC.

Diz-se que somente por regra ocorre a presunção de veracidade do arts. 302 e 319 do CPC, porque há hipóteses em que ela não se verifica, v.g fatos sobre os quais não caiba a confissão.

É nesse sentido se dizer que a atividade probatória no processo civil é um ônus e não um dever, visto que a sua não realização ou efetivação inadequada, infrutífera ou desleixada somente acarretará a quem a ela tenha dado causa um gravame, nos termos do art. 333 do CPC, que estudaremos logo adiante. Neste sentido RODRIGUES (2000).

2.2.3.2 Conceito de ônus da prova

Aplicando-se a supra citada conceituação sobre o ônus, ao tema da prova, do atestar a veracidade dos fatos trazidos a juízo como embaixadores das pretensões das partes, podemos dizer, seguindo o alvitre de DINAMARCO (2001), que ônus da prova *“é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”*.

A precisa definição do mestre paulista não deixa quaisquer dúvidas sobre os lineamentos do tema. Devem as partes, sob pena de observarem fenecer suas pretensões, comprovarem a pertinência dos fatos a que imputam conseqüências jurídicas favoráveis. *“Para o processo civil dispositivo, assim como fato não alegado não pode ser tomado em consideração no processo, assim também fato alegado e não demonstrado equivale a fato inexistente (allegatio et non probatio quasi non allegatio) (DINAMARCO, 2001).*

É o ônus da prova, como desde já se pode perceber, um instituto processual caríssimo à toda a sua macro-estrutura, mas que, no entanto, não pode, modernamente, ser entendido, no processo civil pátrio, sob a estrita ideologia do princípio dispositivo. Neste sentido DINAMARCO (2001).

O encargo probatório das partes pode-se dizer ser “temperado” ou “amenizado” pelos poderes instrutórios concedidos ao julgador, que pode ser

sujeito ativo na produção da prova, meio de convicção necessário para o justo deslinde da relação processual, com a entrega do direito material ao seu verdadeiro titular. Neste sentido DINAMARCO (2001).

Esse é o entendimento de SANTOS (1999), ao reportar que *“a regra geral é de que as partes ofereçam as provas; no entanto, o Código de Processo Civil, em várias situações, facultou ao juiz trazer a prova ao processo”*.

Para um estudo mais acurado do tema dos poderes instrutórios do juiz vide as obras de BEDAQUE (1994); MATTOS (2001).

Essa faceta do exercício da jurisdição, por meio de seu órgão competente, será melhor vista após tratarmos do tema dos conceitos subjetivo e objetivo do ônus da prova, que serão considerados logo adiante.

2.2.3.3 A distribuição do ônus da prova

Como se divide esse ônus dentro do processo civil é questão que devemos, por hora, analisar. Será que cabe somente ao autor fornecer a certeza sobre todos os fatos trazidos à causa? Ou só ao réu incumbe esta faculdade? Ou ainda, dentro de certos limites, cabe tanto ao autor quanto ao réu?

Dois dos juristas que mais se entretiveram no estudo do ônus da prova foram o alemão Leo Rosemberg e o italiano Gian Antonio Michelli. Citando os dois eminentes processualistas, ECHANDÍA (1970), citado por MATTOS (2001) sintetiza seus ensinamentos ao dizer que *“corresponde la carga de probar um hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo com la norma jurídica aplicable; o expresada de outra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella,*

cualquiera que sea su posición procesal. Es decir, esa parte suporta el riesgo de la falta de tal prueba, el cual se traduce en una decisión desfavorable”.

A teoria acima defendida, e que também é carregada por CHIOVENDA (2000), esteia a maioria das previsões legais dos ordenamentos processuais do mundo, estando também presente no direito processual histórico nacional.

DINAMARCO (2001), em comentário sobre a regra de divisão do ônus da prova no direito processual brasileiro, citando o mestre CHIOVENDA (2000), traduz em termos técnicos o problema, ao dizer que *“segundo o art. 333 do Código de Processo Civil, cabe ao autor a prova relativa aos fatos constitutivos de seu alegado direito (inc. I) e ao réu, a dos fatos que de algum modo atuem ou tenham atuado sobre o direito alegado pelo autor, seja impedindo que ele se formasse, seja modificando-o ou mesmo extinguindo-o. A síntese dessas disposições consiste na regra de que o ônus da prova incumbe à parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado, ou seja, aquela que se beneficie desse reconhecimento”.*

MARTINS (1960), processualista de escol, responsável pelo projeto que culminou no Código de Processo Civil pátrio de 39, nos comentários a esse diploma, nos indica que já a Consolidação Ribas trazia a regra, grafada magistralmente, em seu art. 334, estabelecendo que *“a obrigação da prova incumbe àquele que em juízo afirma o fato, de que pretende deduzir o seu direito, quer seja autor quer seja réu”.*

Fora a errônia verificada na aplicação do termo obrigação, e que se explica pela antigüidade da obra, em fins do século XIX, em poucas palavras está assinalada a concepção de ROSEMBERG (1955); MICHELLI (1961).

A partir do diploma citado, portanto, a adoção do princípio de repartição do ônus da prova como explicitado deu-se em diversos códigos de processo civil estaduais, como os do Distrito Federal, de São Paulo, Minas Gerais, Bahia, Pernambuco, Rio de Janeiro, dentre outros.

Seguindo seu desenvolver histórico, foi albergado na norma do art. 209 do CPC/39²¹. A lei processual vigente em nosso território, que é o Código de Processo Civil aprovado em 1973, como já tivemos oportunidade de sublinhar *supra*, traz no art. 333 a norma ou princípio de repartição do ônus da prova, acompanhando a tradição brasileira:

“Art. 333 – O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

No direito comparado, de forma geral, observa-se a mesma posição no que tange à repartição do ônus *probandi*. Nesses termos, o direito italiano, em alvitre personalíssimo, demonstrando os contra-sensos que marcaram a natureza das regras sobre a prova, determina no art. 2.697 do Codice Civile a matéria.

SATTA (2000), tratando da relação entre os juízes e a prova, incidentalmente, articula que *“anche il problema dell’onere della prova non há a*

²¹ O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas.

§ 1º - Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova.

§ 2º - Se o réu, reconhecendo o fato constitutivo do direito do autor, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos feitos, a ele cumprirá provar a alegação.

che fare con l'art. 115 c.p.c. Esso è un problema sostanziale, risolto dall'art. 2697 c.c.”.

O CPC português, conforme CHIOVENDA (2000), deslinda a questão em seu artigo 519, onde se lê: “Incumbe ao autor fazer a prova dos fatos, positivos ou negativos, que servem de fundamento à ação; incumbe ao réu fazer a prova dos fatos, positivos ou negativos, que servem de fundamento à exceção”. A norma portuguesa traz uma interessante variação em relação às suas congêneres, e que merece ser explicada, pelo seu valor histórico. Diz CHIOVENDA (2000) que, em tempo agora remoto, costumava-se pregar que os fatos negativos não precisavam ser provados por aqueles que deles se utilizassem para balizar suas pretensões (exemplo de fato jurídico negativo pode ser a inexistência de débito fiscal, que embasa uma ação declaratória de inexistência de débito fiscal, cumulada com pedido de repetição de indébito). O estudo mais aprofundado do tema e a simples aplicação da lógica processual terminou por defenestrar essa teoria, que no ordenamento processual português vem expressamente combatida, nos termos acima assinalados. Sendo o fato constitutivo do direito do autor, ou seja, de sua pretensão, positivo ou negativo, deve ser igualmente provado.

O Código Civil alemão (Zivilprozessordnung-ZPO) conforme MARTINS (1960), também apresenta interessante normatização, principalmente por defluir a regra do ônus da prova de uma interpretação a *contrariu sensu*. Assevera o § 288, tratando da confissão judicial, que *“los hechos afirmados por una parte no requieren prueba en tanto que durante el proceso sean admitidas por el contrario em una vista oral o apud acta ante um juez delegado o exhortado”*.

Se os fatos afirmados por uma parte não requerem prova quando sobre eles incida confissão da outra parte, caso essa não ocorra, tem-se a regra sobre a qual vimos comentando desde então.

2.2.3.4 Funções do ônus da prova no processo civil (ônus subjetivo e ônus objetivo da prova)

O ônus *probandi*, que é faculdade a ser exercida pelas partes no processo, com a ajuda do magistrado, numa realidade de busca pela pacificação social, possui duas finalidades precípuas, e que são alcunhadas de ônus subjetivo da prova e ônus objetivo da prova. Neste sentido DINAMARCO (2001).

CAPPELLETTI (1972), assevera que o aumento dos poderes instrutórios do juiz já pode ser considerado uma realidade no processo civil moderno. Revertendo-se um posicionamento liberal e que tendia a trazer o princípio dispositivo de forma extrema para o processo, que ao contrário do direito das partes, é relação pública, tem-se hoje um redimensionamento do papel do julgador no impulso e deslinde da tutela jurisdicional. Entende-se que esta, não obstante trate de direitos de entes privados, possui uma finalidade maior, que é a pacificação social, que não pode ficar à mercê ou das dificuldades das partes ou de sua má-fé. Por isso, sem desrespeitar o direito material das partes, que por regra continua a se dispor conforme se queira (fora os casos dos direitos ditos indisponíveis, como os de família), pensa-se em dar a maior utilidade possível ao processo, de forma que a busca pela verdade seja cada vez mais vencedora. Nesse sentido as regras, assentes na esmagadora maioria dos diplomas processuais civis modernos, prevendo a produção de provas *ex officio*.

Segundo seu caráter subjetivo, em lição de MATTOS (2001), o ônus da prova revela-se como uma norma de conduta das partes, que a partir de suas previsões, sabem de que forma devem agir a partir da fase dita instrutória do processo civil, em que já se deu a chamada estabilização objetiva da demanda, ou

seja, o saneamento do processo, com a indicação dos fatos controvertidos²².

Sabendo-se que devem provar os fatos com que embasam suas pretensões e afirmam seus direitos, e já sabendo, por mão do juiz quais são esses fatos, podem trabalhar na constituição de seus demais meios de prova, visto que os documentais, desde a primeira oportunidade de manifestação, já foram anexados. Neste sentido ALVIM NETO (1997).

O ônus da prova, nesse sentido, e aplicado ao processo civil tradicional (pois há uma exceção importante no que tange às lides de consumo), é regra de economia processual, visto que induz as partes a não despenderem seus haveres desnecessariamente. Preocupando-se em provarem os fatos que opuseram em juízo da forma mais verossímil possível, estarão assegurando, pelo menos em tese, a frutividade de sua pretensão, visto que é incompatível que os mesmos fatos jurídicos ensejem direito em pólos antagônicos. Neste sentido ALVIM NETO (1997).

Todavia, não se quer significar, com esse regramento, que aquele contra quem são ofertados determinados fatos dos quais se quer retirar uma conseqüência jurídica deve permanecer estático, esperando que a parte contrária produza seus elementos de convicção. Espera-se que também traga meios que indiquem a falsidade ou não pertinência dos fatos trazidos por seu antagonista, o que não ocorrendo, no entanto, não lhe gerará nenhuma penalidade endoprocessual. Sua inércia, combinada com a atividade profícua da outra parte,

²² Antes da mini-reforma do Código de Processo Civil, desenvolvida principalmente a partir do início da década de 90, e que introduziu, dentre outras novidades a antecipação dos efeitos da tutela do art. 273 e a audiência de conciliação, a estabilização objetiva da demanda, ou seja, a fixação dos pontos controvertidos, que necessitam ser provados para o sucesso da demanda, se dava por meio do chamado despacho saneador, que foi objeto de inúmeras pesquisas, sendo bastante citar as de Enrico Tullio Liebman (Estudos sobre o processo civil brasileiro) e Galeno Lacerda (Do despacho saneador). Atualmente, segundo a letra do art. 331, tem-se o saneamento na própria audiência preliminar, caso seja impossível a conciliação das partes (escopo inicial dessa confrontação) e o julgamento antecipado da lide (art. 330). Modernamente, portanto, não subsiste, para a maioria da doutrina, a figura do despacho saneador, o que, no entanto, é confrontado por aqueles que entendem não ser imperativa a realização da dita audiência.

poderá gerar, isto sim, a perda de sua pretensão. Neste sentido ALVIM NETO (1997).

Isso é bem verdade porque em muitas situações o réu, por exemplo, não carrega aos autos qualquer afirmação de fato extintivo, modificativo ou impeditivo do autor, não tendo o ônus, a carga de provar suas afirmações para ver sua pretensão vencedora, bastando para tanto que o autor não se desincumba de seu ônus, expectativa esta que, por questões óbvias, pode não se confirmar, o que induz o réu, no exemplo, a procurar, pelos meios hábeis, infirmar os fundamentos da pretensão adversa.

Ao falarmos, nos dois últimos parágrafos, das possíveis conseqüências da inércia probatória daquele que não opôs nenhum novo fato a constituir sua pretensão, figura essa que somente pode caber ao réu, terminamos por adentrar nos lindes do que venha a ser o ônus objetivo da prova. Afinal de contas, em que momento e em que hipóteses o julgador verificará se houve o cumprimento do ônus da prova?

O ônus *probandi*, agora entendido de acordo com seu aspecto objetivo²³, é regra de julgamento suplementar, posta ao juiz nas hipóteses em que

²³ Nesse ínterim, mais uma vez cabe referir a doutrina de DINAMARCO (2001, p.83), ao reputar imprópria a conceituação ora adotada para o ônus da prova, e que o divide em dois caracteres: objetivo e subjetivo. De acordo com suas palavras *"a doutrina brasileira tradicional, por influência de processualistas austríacos, refere-se a essa regra de julgamento como ônus objetivo da prova, em oposição ao ônus subjetivo, que recai sobre as partes. Mas é conceitualmente concebível algum ônus que seja objetivo e não subjetivo?"*. Sob o ponto da lógica da locução, em face do conceito de ônus, tem razão o professor paulista. A nomenclatura utilizada, no entanto, antes de separar o fenômeno em dois distintos, vem a identificar dois dos momentos em que é ele empregado no processo. O ônus de provar é um só, e como encargo designado às partes somente pode ser subjetivo, por incidir em sujeitos processuais. Ocorre que o ônus probandi, por incidir diretamente sobre a averiguação das situações que formam a premissa menor do silogismo judicial, tem importância capital no momento do julgamento das pretensões opostas no processo, quando verificar-se-á se foi efetivamente cumprido. Tem-se assim, portanto, um lapso temporal considerável entre o momento em que o ônus pôde ser cumprido pelas partes e aquele de sua verificação pelo órgão julgador. Aquele momento de seu cumprimento, aquela oportunidade, é denominada ônus subjetivo, o que é lógico pela própria natureza diretiva do preceito. Já a averiguação da desincumbência daquele encargo, o momento de sua verificação, fenômeno objetivo, que somente pode ter por resposta um sim ou um não (relativamente a cada um dos fatos que devia ser ratificado) denomina-se ônus objetivo da prova. Enquanto em um primeiro momento o ônus da prova possui um caráter diretivo posto às partes, aos sujeitos litigantes, numa segunda etapa, em que ele já foi ou não exercido, somente resta notar a situação que se verificou, de desincumbência ou não, verificação essa levada a cabo por sujeito imparcial, e de conteúdo já indicado.

ele, não convencido da veracidade ou falsidade dos fatos, no momento de proferir sua decisão, que porá fim ao procedimento em 1º grau²⁴, após o esforço probatório levado a cabo pelas partes, por sua iniciativa ou pela instigação oficial, se vê na perspectiva de não conferir a ninguém o direito pleiteado, ferindo o princípio dispositivo, de que a sentença deve corresponder à pretensão ou pretensões pleiteadas.

Segundo essa regra, restando dúvidas, ao final da dilação probatória, que não permitam a convicção do julgador acerca da pertinência do direito, se vasculhará qual das partes não foi bem sucedida em demonstrar a veracidade de suas causas de pedir e a penalizará com a perda da demanda.

Duas são as hipóteses básicas da ocorrência da utilização da regra do ônus objetivo da prova: a) quando o autor não comprova a verossimilhança²⁵ de suas alegações e quaisquer outros dados constantes no processo não possuem o condão de fazê-lo, situação em que se terá por vitoriosa a pretensão negativa do réu; b) quando o réu somente se defenda por meio de exceções substanciais, ou seja, formas de defesa indireta, em que assume como verdadeiros os fatos constitutivos do direito do autor, mas a eles opõem outro extintivo, modificativo ou impeditivo, e não consiga provar os termos de sua contra-razão, quando então se terá a vitória da pretensão ou pretensões do autor. Neste sentido DINAMARCO (2001).

Note-se ser o ônus objetivo da prova situação extrema no processo, em que após hercúleos esforços para a cognição dos fatos da causa, chega-se a um

²⁴ O CPC no art. 162 § 1º prescreve que a sentença é o ato por meio do qual se põe termo ao processo. A afirmativa contém uma falha técnica, visto que, embora possa a sentença extinguir o processo, normalmente o que ela faz é extinguir o procedimento em 1º grau de jurisdição, visto que a mesma relação jurídica processual pode continuar a subsistir por meio de um recurso. Nesse sentido a nossa preocupação terminológica, que melhor expressa a realidade do processo.

²⁵ Ao utilizarmos, aqui, o termo verossimilhança, o fazemos no sentido da já citada lição de CALAMANDREI (1999), citado por MARINONI (2000, p.50).

momento de perplexidade, em que se percebe a rondar o processo somente uma nuvem negra de dúvidas. Neste sentido DINAMARCO(2001).

Por esse caráter de alternativa última e subsidiária é que se diz que o ônus da prova, entendido nesse seu último aspecto, é regra de julgamento, mera técnica processual e não empecilho à produção de provas por meio do magistrado devido a um desrespeito ao princípio dispositivo, que estaria refletido na norma do art. 333 CPC (2001), representando uma disponibilidade das provas pelas partes. Neste sentido MATTOS (2001).

Elocubrando sobre o tema do princípio dispositivo, MATTOS (2001), após detalhada explanação, conclui que este se baseia principalmente na natureza disponível do direito material, sendo seus reflexos o princípio da demanda, a proibição de julgamento *extra* ou *ultra petita*, o princípio da exceção material, de que essa só toca ao réu e da impugnabilidade da sentença somente pelas partes. Se pararmos para analisar, observaremos que o princípio dispositivo revela-se como forma de limitação do direito material trazido ao processo. Limita-se o direito tanto quando se define que sua quantidade será conhecida pelo órgão jurisdicional como se continuará a ser conhecido, após o termino de cada compartimento processual estanque ou ainda em seu decorrer (transação ou desistência da ação, em que se desistindo do instrumento, por congruência de todas as partes, desiste-se, pelo menos por hora, do direito material). Percebe-se, portanto, que a questão do ônus da prova não toca na esfera concernente ao princípio dispositivo, sendo somente, como comentamos acima, técnica processual.

A relação jurídica processual, instrumental àquela de direito material, pública em sua natureza, tem por finalidade última e magnânima a pacificação social e não sua utilização egoística pelas partes. Estas têm como dispor do processo no estrito sentido de fixar-lhe seu objeto e de, eventualmente, dar-lhe um

fim antecipado, seja por meio de uma desistência, seja por uma transação. Neste sentido NERY JUNIOR (1992 a).

No entanto, dispor sobre as provas, instituto de direito processual, não é direito que caiba às partes. Que se torne cada vez mais claro na mente dos operadores do direito que as provas pertencem ao processo, e este, conduzido pelo juiz, visa um bem maior.

Nesse sentido a latente idéia de reforço nos poderes instrutórios do juiz, realidade que, como já demonstramos, remonta dentre outros, de CAPPELLETTI (1972), e que já está gravada em diversos ordenamentos processuais em todo o mundo²⁶.

Desejáveis e necessários são os esforços do julgador na tentativa de sempre esclarecer a verdade averiguável por meio dos autos, seja através dos meios de convicção trazidos pelas partes, seja por meio de sua atividade investigatória, paralela a dos sujeitos parciais do processo e exercitável sempre que ou não se movam as partes na busca pela justiça ou quando esse movimento não seja proveitoso ou hábil, o que além de ser uma busca mais tenaz pelas finalidades precípua do processo, é uma forma eficaz de se evitar uma decisão acometida pelas regras do ônus da prova, um extremismo que cada vez mais verifica-se poder ser evitado. Neste sentido NERY JUNIOR (1992a).

Para nós, a única forma pela qual poderíamos entender a atividade probatória do julgador como subsidiária, segundo os modernos cânones do processo civil, seria se esse seu caráter subsistisse tanto em face da inércia das partes quanto da infrutividade de suas tentativas, embora nos pareça claro que o juiz não necessite esperar a ocorrência da audiência de instrução e julgamento

²⁶ São exemplos dessa realidade o art. 118 do CPC/39; o art. 131 do atual CPC; o art. 115 do CPC italiano; o § 139 do ZPO alemão, dentre outros.

para comprovar o que, de antemão, já sabia acerca da provável pouca utilidade das provas requeridas. Utilizando-se de sua experiência e conhecimento, angariados após anos de operacionalização do direito, poderia ele, desde logo, requerer o meio probatório que entendesse preciso para a confirmação de uma verdade ou certificação de um falso. Neste sentido NERY JUNIOR (1992 a).

2.3 O ônus da prova no CDC

2.3.1 Considerações iniciais

Inicialmente, convém registrar que a respeito do tema do ônus da prova do CDC (NERY JUNIOR, 1992a; BORTOWSKI, 1993; FABRÍCIO, 1993; KROETZ, 1993; MOREIRA, 1993; NOGUEIRA, 1993; CÁCERES, 1994; MATOS, 1994; FRANÇA, 1995; GIDI, 1995).

O CDC, em seu art. 6º, VIII ²⁷, prega que se facilitará a defesa do consumidor em juízo, pela inversão do ônus da prova nas hipóteses em que se verificar a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor. Um exemplo na doutrina dessa normatização carreada pelo CDC, de facilitação da defesa, é a chamada teoria das “cargas probatórias dinâmicas”, de ANDORNO (1993), citado por KFOURI NETO (1998), segundo a qual *“em determinadas circunstâncias, dá-se uma transferência da carga probatória ao profissional médico, em razão de encontrar-se ele em melhores condições de cumprir tal missão. A fim de se manter o equilíbrio e igualdade das partes no processo – acrescenta – todos têm o dever de colaborar em matéria probatória, abandonando-se o tradicional critério de que a pesada carga incumbe à vítima”*. A conclusão a que chega o autor é corretíssima, ou seja, todos tem o dever de

²⁷ Art. 6º – São direitos básicos do consumidor:

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

colaborar em matéria probatória, visto que a finalidade do processo é a petrificação da justiça. Nossa crítica, no entanto, é no sentido de que o processo, como instrumento público que é, não necessita recorrer ao direito material para prever a distribuição da prova dos fatos entre os litigantes, o que a torna típica e atrelada a casos específicos, algo que refoge ao sentido da atipicidade da tutela jurisdicional e do próprio processo. Melhor seria que o julgador, independentemente desse ou aquele direito material em pauta, dividisse o ônus da prova de forma a que pudesse ser mais fácil e célere a busca pela verdade. Podendo o litigante fornecer a prova de dado fato, por uma pertinência sua qualquer ao tema, que o faça, sob pena de não ver concretizada sua pretensão. Não se teria, dessa forma, uma certa atipicidade vigorante em relação ao tema, e que vai de encontro a toda a moderna teoria instrumental do processo.

É uma regra que tem por finalidade tanto tornar isonômico o tratamento entre partes que possuem um grande abismo econômico, social e cultural entre si, como a forçar o fornecedor a trazer todas as informações que possua para a causa e que poderia omitir, evitando-se que haja a necessidade da utilização da medida extrema de julgamento de acordo com a regra da partição do ônus da prova, em que, nos termos acima citados, poderia ter invertida contra si a carga que outrora fora da parte hipossuficiente. Corroborando nosso entendimento, são valiosas as palavras de DINAMARCO (2001), no sentido de que *“o Código de Defesa do Consumidor, sensível à hipossuficiência organizacional do consumidor final de produtos e serviços, impõe normas especiais sobre o ônus da prova nas situações que indica, fazendo-o sempre com o declarado objetivo de facilitar a defesa do direito dos consumidores”*.

Percebe-se, então, que o direito material, a relação de consumo, relação jurídica naturalmente desequilibrada, e juridicamente assim entendida (art. 4º, I do CDC), é a origem da regra de inversão do ônus da prova. Essa vinculação de tema processual, a prova, ao direito material, no que tange à regra de inversão

de seu ônus, no entanto, acaba gerando uma situação de injustiça imanente ao nosso sistema jurídico como um todo. Será que só o consumidor é pessoa vulnerável em uma relação processual; ou melhor dizendo, será que só a relação de consumo é concretizada entre sujeitos natural e legalmente díspares, situados em diferentes esferas econômicas, técnicas ou culturais? Um agricultor analfabeto, em relação comercial com um atravessador da cidade, não pode ser, também, sujeito vulnerável ou hipossuficiente nessa relação? Por isso a nossa crítica e afirmação de que a vinculação da regra de inversão do ônus da prova ao direito material têm o condão de tornar iníquo um instrumento público como é o processo que, apto a resolver pendências de direito material, deve fazê-lo de forma a que seja alcançada a justiça e não um arremedo dela, que é o que pode ocorrer em uma situação de uma lide surta entre os dois sujeitos de nosso segundo exemplo. O agricultor, analfabeto, inculto, crédulo e pobre poderá ver uma pretensão legítima sua ser rechaçada simplesmente porque não conseguir provar suas alegações, em processo em que a outra parte, aqui admitida como réu, manteve-se inerte. E como a regra de inversão do ônus da prova depende do direito material tutelado, como é nosso modelo atual (vide o direito do consumidor e o direito do trabalho), não abrangendo o direito comercial, nada parecido poderá ocorrer. Legítima-se a injustiça. Mas correto, então, seria que a previsão de inversão do ônus da prova, como técnica processual última que é, fosse prescrita na lei processual, em termos abstratos, ou seja, desvinculada desse ou daquele direito material alegado. O processo é instrumento público para o alcance da justiça.

Realmente percebe-se esse intuito de obrigar o fornecedor, que possui melhores condições de litigar, a ser ativo na fase probatória, visto que se o consumidor não conseguir provar, por uma sua inabilidade, os fatos constitutivos de seu direito, não se terá a necessidade do julgamento pela regra do ônus objetivo da prova se o fornecedor tiver conseguido trazer aos autos argumentos que façam entender que aquela pretensão anteposta é infundada.

No entanto, se nem o autor tiver provado os fatos constitutivos de seu direito, nem o réu tiver tentado infirmá-los, e também as iniciativas probatórias do juiz, que não ferem o princípio dispositivo, por pertinentes à finalidade da relação processual, houverem sido eficazes, ter-se-á que apelar à regra de julgamento do ônus da prova. Nessa hipótese poder-se-á ter, então, a inversão da carga processual, que passará ao litigante privilegiado, hipersuficiente²⁸, inerte e, dessa forma, perdedor da lide.

São esses, portanto, os contornos gerais do tema da inversão do ônus da prova no direito do consumidor. Após essa breve introdução, resta-nos tratar, ainda, de alguns de seus aspectos fundamentais, e que são divergentemente tratados na doutrina, que são os conceitos de verossimilhança e hipossuficiência, e sua aplicação, conferida ao alvitre fundamentado do juiz, por prescrição legal; e o momento da inversão do ônus da prova no CDC.

2.3.2 Verossimilhança ou Hipossuficiência do Consumidor

Como já restou assinalado, o CDC, lei 8.078/90, estabeleceu a inversão do ônus da prova no processo civil nas hipóteses em que o julgador entender ser o consumidor hipossuficiente ou quando for sua pretensão verossímil.

Percebe-se pelo texto legal que, antes de mero poder ou faculdade do julgador, a inversão é seu dever, sempre que se verifique a existência de uma ou de outra das situações citadas, e se verifique a oportunidade para tanto.

Parte da doutrina defende que somente poderá se dar a inversão do ônus da prova se verificarem, simultaneamente, a verossimilhança e a hipossuficiência. Não é esse, no entanto, o melhor alvitre, em face da clarividência

²⁸ Cunhamos o termo em oposição aquele utilizado pela lei, ao se referir ao consumidor extremamente vulnerável, o dito hipossuficiente.

do art. 6º, VIII, ao usar o disjuntivo ou, e da própria intenção da norma, que antes de obstaculizar a tutela das pretensões do consumidor, visa torná-la exercitável em paridade de condições com o fornecedor. Quem defende a primeira posição diz que favorecer o consumidor abastado seria transgressão a garantia da igualdade, visto que não haveria desigualdades a compensar. Será mesmo verdade essa afirmação? Como a desigualdade que se busca consertar advém do direito material, não é possível que pessoa afortunada seja cultural e socialmente desprivilegiada? Da propriedade se deflui automaticamente o discernimento em face de fornecedor muitas vezes especializado, como por exemplo o profissional liberal? Não é até folclórica a figura do “sujeito rico e inculto”, que amealhou fortuna mas não a reverteu em estudos? Em assim sendo, existem, ainda, desigualdades a serem extirpadas, nos termos da lei do consumidor. Neste sentido DINAMARCO (2001).

Antes de adentrarmos no tema do momento em que se deve dar essa inversão, devemos cuidar das duas hipóteses que a ensejam, caracterizando-as.

A hipossuficiência é estado pessoal de fragilidade econômica, social e cultural²⁹, caracterizada em relação à outra parte na relação de consumo. Nesse sentido, não se pode considerar a hipossuficiência como algo identificado isoladamente em uma dada pessoa.

Existe forte dissenso sobre o conceito de hipossuficiência. Uns dizem que seria sinônimo de vulnerabilidade, genericamente prescrita como condição inerente a todo consumidor, pelo art. 4º, I do CDC. Se assim fosse, no entanto, teríamos que a lei possui termos inúteis, visto que denominou o mesmo fenômeno de duas formas. DINAMARCO (2001) e parte da doutrina, ainda, mesmo diferenciando os dois fenômenos, entende que hipossuficiência seja somente

²⁹ O termo cultural abarca todo desnível relacionado à técnica ou ciência empregadas pelo fornecedor, como por exemplo o dentista, que possui conhecimentos científicos específicos não dominados pelo *homo medius*.

aquela insuficiência financeira. Uma terceira corrente, em que se encartam MOREIRA (1993) e PRUX (1998) estende o conceito, abrangendo as disparidades de ordem social e cultural (técnicas, científicas). Entendemos ser este o entendimento mais correto, visto que a posse de recursos não é garantia suficiente do entendimento necessário que pode evitar qualquer desigualdade sobressaltada na relação de consumo (adjetivamos de sobressaltada a desigualdade por que esta sempre está presente, em patamares não tão extremos, em qualquer relação de consumo, por prescrição legal - vulnerabilidade).

Somente em confronto com o fornecedor é que se poderá estabelecer essa situação de desprivilégio.

Um exemplo do que tentamos demonstrar pode ser o da relação de consumo travada entre um lavrador, analfabeto e um sapateiro, também iletrado, em que este presta serviços de reparos nos cinco velhos pares de sapato daquele.

Não se pode negar ser essa uma relação de consumo, uma prestação de serviço, entabulada como tal nos termos do art. 3º § 2º do CDC. E assim sendo, pode-se dizer haver hipossuficiência do consumidor em face do fornecedor? É este dotado de poderio econômico, de grande cultura ou de técnica apurada, que possa ser um mistério para o consumidor? Ou não é ele também um prestador de serviços acessíveis ao entendimento do homem simples e inculto, além de igualmente pobre e não instruído? Neste sentido DINAMARCO (2001).

Nesse sentido dizer-se que a hipossuficiência é uma condição a ser aferida na relação jurídica de consumo individualizada, e não em abstrato. Nem todo consumidor pobre e desinformado será hipossuficiente, se aquele com quem firmar um compromisso também se encontrar em condições semelhantes as do primeiro.

Outro aspecto pertinente ao tema diz respeito à dicotomia vulnerabilidade x hipossuficiente: são os dois signos representativos de um mesmo significado, ou seja, são somente sinônimos, ou representam diversas realidades?

Entendemos serem a vulnerabilidade³⁰ e a hipossuficiência termos que designam diversos graus de desigualdade na relação entre consumidor e fornecedor. Enquanto aquela representa o desnível inerente ao próprio vínculo de consumo, e que é, inclusive, previsto em lei, como já vimos, esta significa uma forma acentuada de desigualdade, devido à existência de um verdadeiro “abismo” entre as duas partes, seja relativo à posse de haveres, conhecimentos, técnicas ou ciências específicas.

Assim sendo, autorizada está a inversão do ônus da prova na hipótese em que se verificar a hipossuficiência, forma extremada da vulnerabilidade sempre presente no trato entre consumidor e fornecedor. Neste sentido DINAMARCO (2001).

A outra hipótese de inversão do ônus da prova no processo civil, quando acionado para o deslinde de relação de consumo, é a da verossimilhança das alegações do consumidor.

Verossimilhança é a aparência de veracidade, que gera no julgador a convicção de que determinada situação fática alegada por uma dada parte encerra correspondência em uma norma jurídica abstrata, dando-lhe razão.

³⁰ A nota característica de vulnerabilidade do consumidor é a principal motivação para a existência de regras de interpretação contratual, p.ex., que o favorecem. São exemplos aquelas prescritas nos arts. 51 e 54 do CDC.

Como já dissertamos acima, por mais que busque o processo a verdade, nunca se terá mais do que verossimilhança, devido às suas próprias limitações cognitivas, que dizem respeito tanto aos limites impostos pelo princípio positivo, como pela própria restrição probatória que pode existir, relacionada tanto a uma inércia das partes e do juiz como às próprias circunstâncias de fato.

Por isso dizer-se que o juiz, no transcorrer de uma demanda judicial, vai formando seu alvitre sobre as pretensões antepostas. Alvitre esse que pode ser afirmado de forma mais segura por meio da produção de provas, mas que também pode defluir somente das próprias experiências de vida do juiz, seja como cidadão seja como magistrado, e que o impelem a crer que a verdade se encontra em somente um dos pólos.

Para que o processo alcance seu escopo de pacificação social, de entrega jurisdicional justa, deve a instrução probatória fornecer dados os mais precisos possíveis para que se encontre a maior plausibilidade possível de que a(s) pretensão(ões) em jogo de um litigante seja(m) prevalente(s) sobre a(s) do outro.

Caso não se consiga uma colheita de provas suficiente a indicar, com maior precisão, o caminho da justiça, deve o magistrado utilizar-se da regra de julgamento do ônus da prova, hipótese em que, verificando, por sua experiência pessoal (art. 337 CPC – regras de experiência) serem verossímeis as alegações do consumidor, lhe deferirá a tutela jurisdicional pleiteada. Note-se, como assevera WATANABE (1998), não se tratar essa hipótese especificamente de inversão do ônus da prova, mas de deferimento de uma pretensão baseada em um conhecimento mais tênue da verdade, visto a infrutividade da instrução probatória. Mesmo não tendo o processo chegado a uma conclusão firme, por ausência de elementos de comprovação do que foi alegado, o julgador, baseando-

se em sua experiência, conclui pela procedência da pretensão do consumidor, por ser esta verossímil aos seus olhos.

Se pararmos para analisar mais detidamente a hipótese ora aventada, vemos que nem se trata especificamente de julgamento pela regra do ônus da prova, visto que existe um convencimento do julgador, mesmo que seja ele fundamentado em elementos não tão seguros, como o seriam aqueles meios de prova previstos em nossa disciplina processual e tantos outros que poderiam ter o condão de iluminar a verdade que ronda o litígio.

O contrário se dá na hipótese de um processo em que o consumidor não consegue comprovar suas alegações; permanece o fornecedor inerte em matéria probatória; todas as tentativas instrutórias do juiz falharam e não chegou ele a formar um sentimento de verdade em relação a uma das pretensões³¹. Sendo, nessa hipótese, hipossuficiente o consumidor, inverte-se o ônus da prova, que não tendo sido cumprido pelo fornecedor – que restou inerte ao tempo da produção das provas, determinará sua sucumbência na demanda.

³¹ Ao configurarmos a situação em que será a hipossuficiência o móvel para a inversão do ônus da prova, tivemos a intenção de demonstrar quão remota é essa possibilidade, praticamente, quem sabe, até inexistente, visto que, por mais que seja imprestável a instrução probatória, sempre terá o juiz um alvitre acerca da demanda. Conclamo todos os que vierem a ler a presente ora a relatar uma situação em que situada a regra do ônus da prova no CDC da forma correta, como proclamamos, chegou-se a esse extremo por nós relatados. No próprio processo civil será difícilimo encontrar situação em que se deu o desfecho de um processo em sentença que se utilizou da regra do ônus da prova para fundamentar seu decism. O contato com as pretensões trazidas ao processo faz com que o julgador já tenha uma opinião sobre o tema, o que é corroborado por uma proficua instrução probatória, mas que não raras vezes é plasmado em uma situação de não tão grande certeza ou verossimilhança (utilizando-se da terminologia por nós referida).

2.3.3 Momento de inversão do ônus da prova no processo que tutela relação de consumo

O grande problema visto por alguns comentaristas do diploma consumerista, dentre eles MOREIRA (1999)³², em relação ao momento da inversão do ônus da prova, é o de que haveria ferimento ao princípio do contraditório caso essa inversão somente se desse no momento da sentença, como regra de julgamento que é, tendo que ser verificada, no máximo, na fase saneadora. Discordamos do alvitre do ilustre processualista, apoiando-nos na lição de WATANABE (1998), de que a simples comunicação, na ocasião do saneamento do processo, de que o ônus da prova poderá ser invertido caso não se chegue a uma convicção firme acerca dos fatos da causa, já afastaria o problema.

Lapidar também é a lição do professor DINAMARCO (2001), quando ensina que *“se o juiz pretender inverter o ônus da prova, como em certa medida lhe permite o Código de Defesa do Consumidor em relação às causas que disciplina (art. 6º, inc. VIII), dessa possibilidade advertirá as partes na audiência preliminar. Mas a efetiva inversão só acontecerá no momento de julgar a causa, pois antes dela não se conhecem os resultados mais conclusivos ou menos conclusivos a que a instrução probatória conduzirá; a própria verossimilhança das alegações do consumidor, eventualmente sentida pelo juiz em algum momento inicial do procedimento, poderá ficar prejudicada em face das provas que vierem a ser produzidas e alegações levantadas pelo adversário”*.

³² O autor carioca aponta três entendimentos sobre qual seria o momento adequado para a inversão do ônus da prova: a) no próprio despacho inicial do juiz, ao receber a petição inicial, instaurando a relação jurídica processual; b) em momento anterior ao início da instrução; c) somente na sentença.

Não verificada a conciliação, nos termos das prescrições do art. 331 do CPC³³, segue-se ao saneamento do processo, em que serão decididas as questões acerca das provas, dentre as quais está a da repartição do seu ônus e a da comunicação de sua possível inversão, na situação agônica de aproximação do *non liquet*. DINAMARCO (2001) entende que “(..) o processo civil moderno quer muita explicitude do juiz e de suas intenções, que são fatores indispensáveis à efetividade do justo processo. Por isso, a locução determinará as provas a serem produzidas” (art. 331, § 2º) inclui a exigência de esclarecer as partes sobre seus ônus probatórios”. Assim sendo, basta que desde já se deixe explicitada essa possibilidade para que se realizem quaisquer providências do fornecedor no intuito de trazer aos autos o maior número possível de indicações passíveis de gerar o convencimento do autor, pelo motivo de ser ele o mais bem estruturado dos litigantes que ora debatem suas teses jurídicas, mais apto, portanto, a colher provas, que como já asseveramos acima, pertencem ao processo, e não às partes, máxima essa entabulada no chamado “princípio da comunhão das provas”.

A regra da inversão do ônus da prova tem uma finalidade específica de acrescer a motivação do fornecedor para a produção probatória, retirando-o da inércia em que poderia permanecer, sabedor, por exemplo, de que não possui o consumidor meios de provar suas alegações por estar toda a documentação necessária a tanto, v.g., em sua posse.

³³ Art. 331 – Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores habilitados a transigir.

§ 1º - Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º - Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de julgamento, se necessário (grifo nosso).

Sabendo, desde já, que essa sua inércia, antes de ser propícia aos seus interesses, pode fundamentar sua derrocada, sua sucumbência, é que o fornecedor busca uma maior atividade. Esse é o sentido da regra de inversão do ônus da prova, visto que, por tudo o que dissemos no tópico acima, é difícilíssimo que ela se verifique em qualquer espécie de processo.

Ressalte-se, ainda, o emprego do termo “possibilidade” para essa ação mais ampla do fornecedor. Mesmo que este se limite a demonstrar somente os fatos de seu direto interesse (constitutivos se autor, impeditivos, modificativos e extintivos se réu), poderá ele ser vitorioso, caso entenda o magistrado assistir a ele razão. Só o prejudicará sua inércia em ampliar sua investigação fática, abrangendo aquelas situações postas pelo consumidor, na hipótese de não haver o juiz chegado a uma conclusão sobre a quem assiste razão, por ter sido impossível ao consumidor confirmar suas alegações e por em nada ter contribuído para o esclarecimento do problema o fornecedor, que pode ter assim agido, tanto para omitir a verdade, que ele poderia facilmente confirmar, como por seu desleixo para com o processo e para com a outra parte.

Existe também um terceiro posicionamento, e que vai mais longe, dizendo que desde o início do processo os litigantes já sabem que, surgindo a hipótese do *non liquet*, pode haver a dita inversão, por ser essa situação expressamente prevista no já citado art. 6º, VIII, não podendo o fornecedor escusar-se dizendo ser inesperada aquela alteração da carga probatória..

Embora concordemos com essa assertiva, cremos que a segunda solução apresentada espanca quaisquer dúvidas que poderiam existir em relação a uma violação aos princípios do contraditório e ampla defesa, harmonizando a disciplina do ônus da prova aos princípios constitucionais do processo civil, informadores de todo o sistema processual.

Restaria somente um aspecto a ser discutido, que nos é lembrado por MOREIRA (1999), relativo a algumas despesas processuais que poderão ficar a cargo da parte vulnerável na relação que, devido a essa sua condição peculiar, não possua os meios econômicos necessários para honra-las.

Embora a maioria das despesas realizadas no correr do processo possam ser isentadas, nos termos da lei 1.060/50 art. 3º³⁴, existem aquelas ali não previstas, e que continuariam sendo encargo daquele considerado necessitado perante a lei³⁵.

Exemplos dessas últimas, encontramos em lição de MOREIRA (1999) são, principalmente, obtidos ao se tratar da perícia, visto que *“situações há em que a produção da prova pericial gera outras despesas, como as do deslocamento do perito a cidade grande: observou-se, a propósito, que o perito está obrigado a prestar esse serviço gratuitamente: a empresa de aviação não está”*.

Quanto a esses gastos, como ficaria a situação do consumidor despossuído? Seria a solução para o problema a inversão do ônus da prova, visto que assim a perícia hábil a mostrar a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito passaria a ser necessária para o fornecedor, apto a cobrir todos os seus custos?

³⁴ Art. 3º - A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

I – das taxas judiciárias e dos selos;

II – dos emolumentos e custas devidas aos juízes, órgãos do ministério público e serventuários da Justiça;

III – das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV – das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;

V – dos honorários de advogado e peritos (grifo nosso).

³⁵ Considera-se necessitado para os fins legais, nos termos do art. 2º da lei 1.060/50, *“todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”*.

A resposta a esse questionamento é um retumbante não, visto que tamanha desnaturalização do instituto do ônus da prova, deveras explanado em nosso texto, não seria necessária para que esse imbróglio fosse resolvido.

Nota-se, pela leitura da já transcrita norma do art. 6º, VIII do CDC, que a facilitação da defesa dos direitos do consumidor é um direito básico que ele possui como tal, e que pode, até, incidir sobre a regra de julgamento do ônus da prova, conclusão que se permite inferir pela leitura do termo “inclusive”, utilizado na norma.

Disso deflui que a última hipótese de facilitação da defesa é a inversão e não a imediata solução, visto ser essa regra oposta somente em situação processual agônica, em que se vislumbra o *non liquet*.

No momento em que se começa a cogitar sobre a produção das provas, em que se busca ainda o convencimento pleno do magistrado, e não se cogita seriamente da hipótese de se poder estar frente a um *non liquet*, basta para que seja facilitada a defesa do direito do consumidor, postado tanto como autor como réu, que seja ordenado pelo juiz o pagamento daquelas despesas não cobertas pela isenção da lei 1.060/50 pelo fornecedor, o que é perfeitamente permitido pelo art. 6º, VIII do CDC. A justeza dessas colocações termina com qualquer dúvida sobre qual seria o momento correto para se aplicar a inversão do ônus da prova no processo civil instrumentalizado para decidir relações jurídicas de consumo.

3 PROPOSIÇÃO

A proposição deste trabalho é caracterizar a realidade atual que se encontra o labor e o conhecimento do cirurgião-dentista do Estado do Espírito Santo nos diversos níveis, quais sejam: a) administrativo; b) judicial e a c) análise doutrinária e enquadramento legal da atividade do profissional cirurgião-dentista, d) e ainda o posicionamento pessoal coletivo dos profissionais.

4 MATERIAIS E MÉTODOS

A fundamentação doutrinária, como anteriormente discutido, é de muita importância, uma vez que não basta uma opinião a respeito do tema, como fazem alguns doutrinadores como ARAÚJO, citado por OLIVEIRA (2000).

Com o firme propósito de demonstrar seu posicionamento, elaborou dois questionários(vide anexo): um foi encaminhado aos profissionais cirurgiões-dentistas do Estado do Espírito Santo e o outro foi encaminhado CRO-ES. Pesquisou-se ainda, junto ao TJES, visando fundamentar a situação jurisprudencial no Espírito Santo.

Por ocasião da entrega dos questionários, frisou-se a importância do tema para os profissionais da área, profissionais estes que podem estar sujeitos, a processos em decorrência de sua atividade, e o objetivo da pesquisa em conhecer o efetivo grau de esclarecimento dos profissionais da odontologia a respeito de seus direitos e deveres profissionais, sob a ótica legal, estando a sua participação coberta de garantia de sigilo, não sendo identificadas suas respostas.

Para que se cumprisse o protocolo legal, o projeto de pesquisa foi aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Faculdade de Odontologia de Piracicaba da Universidade Estadual de Campinas(Protocolo 117/2001).

Inicialmente, cerca de 50 (cinquenta) questionários foram distribuídos através dos Correios e junto a esta correspondência foi feita solicitação de que as respostas fossem devolvidas por meio de envelope selado fornecido pelo pesquisador. Foi franqueado durante toda a pesquisa o esclarecimento a eventuais dúvidas através do telefone do pesquisador, podendo a ligação ser feita a cobrar. Ocorreu que o número de questionários devolvidos foi insignificante, ou seja, apenas 1 (um) retornou, demonstrando inicialmente que a empreitada seria

difícil, em decorrência de baixa participação dos cirurgiões-dentistas. Por este motivo, a partir deste resultado participativo, abaixo das expectativas, o pesquisador optou por entregar pessoalmente e através de pessoas de seu círculo de amizades cerca de 1000 (um mil) questionários nos locais de trabalho dos cirurgiões-dentistas, com a finalidade de melhorar a participação na pesquisa, procurando alcançar ao máximo todo o Estado do Espírito Santo, e mesmo assim verificou-se uma participação baixa. A pesquisa junto aos cirurgiões-dentistas do Estado do Espírito Santo foi realizada entre os meses de dezembro e abril de 2002, sendo ao final analisados 204 (duzentos e quatro) questionários que retornaram com o preenchimento satisfatório.

Simultaneamente à pesquisa junto aos cirurgiões-dentistas, foi realizada a pesquisa junto ao CRO-ES, sendo inicialmente protocolado pedido de informações, endereçado ao Exmo. Sr. Dr. Presidente daquela autarquia, relatando a finalidade e os objetivos do trabalho.

Decorrido algum tempo, o Senhor Presidente do CRO-ES, encaminhou os documentos protocolados à assessoria jurídica procurando apurar se havia algum impedimento ético ou legal no fornecimento das informações. Foi-lhe informado, que não havia qualquer impedimento ético ou mesmo legal que pudesse resultar no indeferimento das informações solicitadas pelo pesquisador. Em ato contínuo, determinou a presidência, através de despacho, que o Tribunal de Ética tomasse as devidas providências, e que por fim fornecesse as informações ao pesquisador. Esclareceu porém, em ofício endereçado ao pesquisador, que havia campos não preenchidos que estavam fora do alcance daquela autarquia, já que o setor de Ética passou a ter dados informatizados a partir da gestão anterior àquela que estava fornecendo os dados, mas colocou-se à inteira disposição para quaisquer outras informações que se fizessem necessárias. Os dados foram fornecidos ao pesquisador em fevereiro de 2002.

Na mesma ocasião que foi protocolado o pedido de informações acima descrito, foi também protocolado e posteriormente deferido, ofício endereçado ao Senhor Presidente daquele Conselho de Classe, com pedido de fornecimento de listagem dos nomes dos cirurgiões-dentistas inscritos naquela autarquia, esclarecendo que serviriam para que fosse pesquisado junto ao Tribunal de Justiça do Espírito Santo, através do site <http://www.tjes.gov.br> , na página de pesquisa destinada ao público em geral, a respeito do andamento de processos que se encontram em trâmite naquele Tribunal.

Nas páginas de pesquisa de andamento de processos, pode, qualquer um do povo, por se tratar de processos que são, por determinação legal públicos, ou seja não correm em segredo de justiça, pesquisar por meio dos nomes das partes ou pelo nome do advogado ou ainda através do número do processo. O pesquisador optou por fazer a pesquisa pelo nome da parte, uma vez que o seu pedido junto ao CRO-ES de fornecimento da listagem dos nomes dos cirurgiões-dentistas, havia sido deferido e entregue ao pesquisador em fevereiro de 2002, o que facilitou deveras o trabalho. Registre-se ainda que a informatização do TJES é muito recente, aproximadamente dois anos apenas, assim como sua oferta pela rede mundial de computadores para pesquisa.

Os dados foram submetidos à análise estatística, utilizando o teste qui-quadrado.

.....

5 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Observamos um baixo nível de retorno(204 questionários ao final) e tal fato talvez deva-se ao pouco conhecimento do assunto por parte dos cirurgiões-dentistas. Inicialmente os profissionais cirurgiões-dentistas entrevistados foram muito receptivos, demonstrando inclusive uma certa satisfação em participar de uma pesquisa científica. Porém, em seguida, após a simples leitura do questionário proposto e tomada de consciência de que não tinham conhecimento para responder o questionário de forma segura, ficavam constrangidos e evitavam o pesquisador de todas as maneiras. Ao perceber esta atitude dos entrevistados, o pesquisador, além de todos os esclarecimentos anteriormente feitos, ressaltou que os profissionais não deveriam se preocupar se suas respostas estariam certas, uma vez que a maioria dos cirurgiões-dentistas não tinha aquele tipo de formação, o que permitiria respostas seguras. Foi solicitado que apenas se preocupassem em responder o questionário da maneira mais sincera e pessoal possível.

A pesquisa foi encerrada com um número de 204 (duzentos e quatro) questionários respondidos, destes 59,8% (122) eram do sexo feminino e 40,2% (82) do sexo masculino. Há uma pequena diferença em termos de porcentagem que indica que o formulário foi mais respondido por mulheres que por homens.

Aceitando-se a hipótese de que a amostra representa adequadamente a população de cirurgiões-dentistas, confirma-se a maior porcentagem de mulheres exercendo a profissão, no Espírito Santo, fato confirmado pelo CRO-ES, através da listagem de cirurgiões-dentistas.

A diferença entre as proporções de homens e mulheres na população pode ser observada no GRÁF. 1.

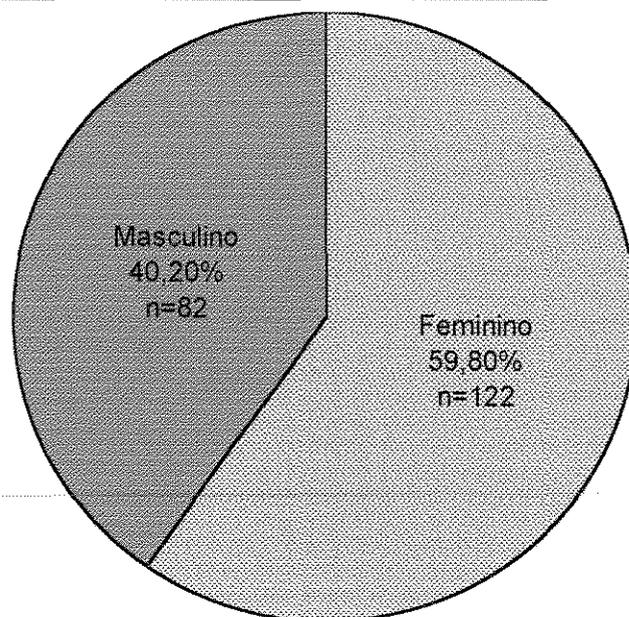


GRÁFICO 1- Porcentagem de homens e mulheres na amostra (n=204).

5.1 Distribuição da população pesquisada de acordo com seu local de atuação

Com relação aos locais de atuação dos entrevistados verificou-se o que se apresenta na TAB. 1 que se segue.

TABELA 1

Distribuição de questionários de acordo com o local de atuação dos entrevistados

Local de trabalho	Freqüência	Percent	Freq. Acum.	Percent. Acum
Cons.part.	80	39.4	80	39.4
Público Cons.part.	53	26.1	133	65.5
Público	30	14.8	163	80.3
Serv.priv. Cons.part.	29	14.3	192	94.6
Público Serv.priv. Cons.part.	6	3.0	198	97.5
Público Serv.priv.	2	1.0	200	98.5
Serv.priv.	2	1.0	202	99.5
Serv.priv. Cons.part. Outros	1	0.5	203	100.0

Freqüência de dados perdidos= 1

O teste de qui-quadrado nos permite concluir que as diferenças observadas não são casuais, mas reflexo do que se observaria na população estudada.

5.2 Distribuição da população pesquisada de acordo com a natureza das instituições de ensino - pública ou privada

TABELA 2

Caracterização da amostra, a respeito do tipo de instituição que os entrevistados graduaram-se,

Instituição	Frequência	Percent	Freq.Acum.	Percent.Acum.
pública	189	94.0	189	94.0
particular	12	6.0	201	100.0

Frequência de dados perdidos= 3

Duas são as hipóteses as quais se levanta diante de tal resultado:

1) há uma pequena participação das instituições de ensino privadas na formação de profissionais de odontologia que atuam no Estado do Espírito Santo.

2) Há uma menor afinidade dos profissionais oriundos de cursos mantidos por instituições particulares com a pesquisa o que reduziria a porcentagem do retorno dos questionários. O teste de qui-quadrado nos oferece fortes indícios de que a diferença não é casual, refletindo portanto uma diferença de proporções que pode ser observado nos dados da população.

Para o pesquisador tal fato ocorreu pois até o ano de 2000, somente existia no Estado uma Faculdade de Odontologia.

5.3 Junto ao CRO-ES

5.3.1 Número de denúncias de erro profissional

Observando estatisticamente os dados da pesquisa junto ao CRO-ES, podemos concluir que ocorreu um aumento do número de denúncias protocoladas naquela autarquia, que pode ser observado no gráfico que se segue.

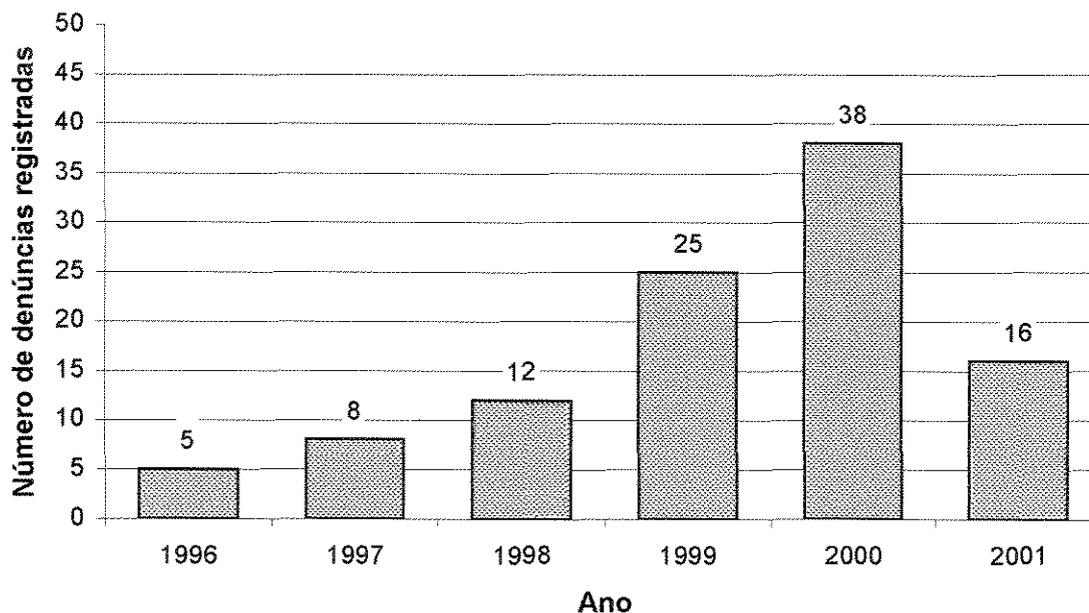


GRÁFICO 2 - Número de denúncias de erro profissional contra cirurgiões dentistas protocoladas no CRO-ES no período 1996-2001

O GRAF. 2 evidencia um crescimento no número de denúncias a partir do ano de 1996. O número de respostas no ano de 2001 não se refere à totalidade do ano pois o mesmo não havia acabado quando o relatório foi preenchido.

O incremento de denúncias envolvendo cirurgiões-dentistas, pode ser atribuído ao baixo conhecimento destes quanto às obrigações que está sujeito e ao relacionamento entre profissional e paciente, que a cada dia torna-se mais impessoal. Este fato foi observado pelo pesquisador de forma informal, pois quando oferecia o questionário da pesquisa ao cirurgião-dentista, entabulava diálogo no sentido de apurar qual era o tipo de clientela e o tipo de relacionamento presente entre o cirurgião-dentista e paciente. Observou-se que em boa parte dos casos a clientela era formada por associados de convênios e que na maioria das vezes a escolha do profissional era feita de forma impessoal, ou seja o paciente pesquisava na lista de credenciados e escolhia qualquer daqueles ali relacionados.

Em outros casos o paciente era encaminhado a um determinado especialista por outro cirurgião-dentista; especialista ou não, sendo realizado o serviço pretendido e em seguida o paciente retornava ao profissional de origem sem que houvesse tempo para um relacionamento mais próximo.

Outro fato que deve ser considerado é de que a maioria dos entrevistados não possuíam na sua grade curricular mínima de graduação a disciplina de Odontologia Legal e Deontologia, ausência que deve urgentemente ser revista, a fim de possibilitar a formação de profissionais mais concientes de seus direitos e obrigações na ordem social.

5.3.2 Número de processos ético disciplinares

Observou-se um aumento de denúncias ano após ano.

A carência de pessoalidade entre as partes é demonstrada de maneira clara quando observamos o número de denúncias que evoluíram para processo ético profissional e para processo judicial. O GRAF. 3 demonstra o número de

denúncias contra cirurgiões-dentistas que evoluíram para processo ético disciplinar.

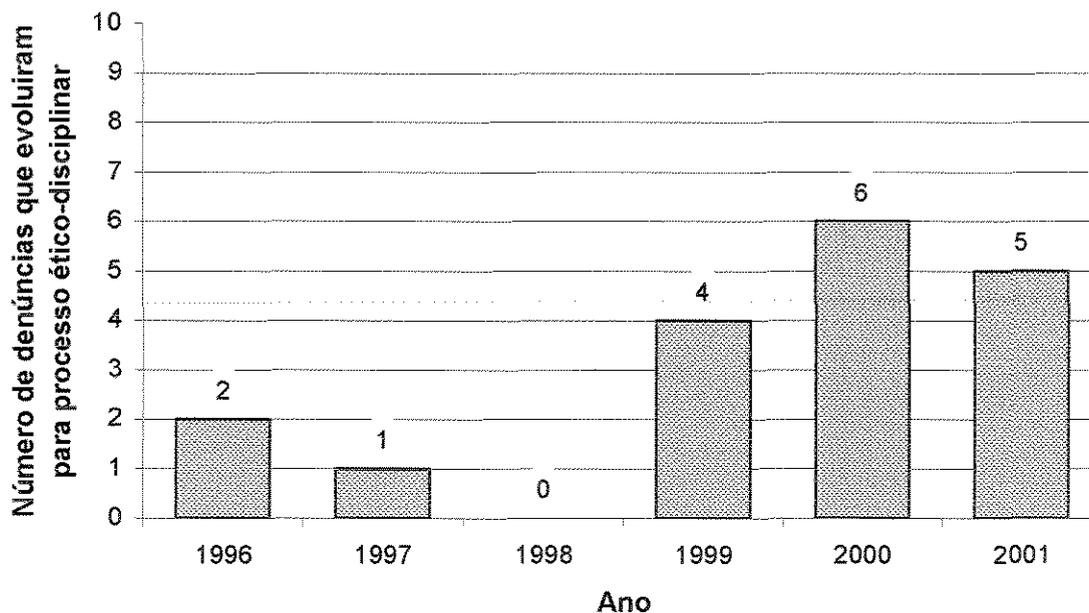


GRÁFICO 3- Número de denúncias contra cirurgiões-dentistas que evoluíram para processo ético-disciplinar no período de 1996-2001.

Observa-se que o número de denúncias que evoluem para processos não é exatamente proporcional ao número de denúncias. Este efeito somente não se verifica nos primeiros 3 (três) anos da pesquisa onde embora tenha aumentado o número de denúncias houve uma redução no número de processos ético-disciplinares.

O decréscimo de processos e ou denúncias, provavelmente se deve, à atuação do CRO-ES, ao exercer o instituído.

5.3.3 Número de processos ético disciplinares julgados pelo CRO-ES

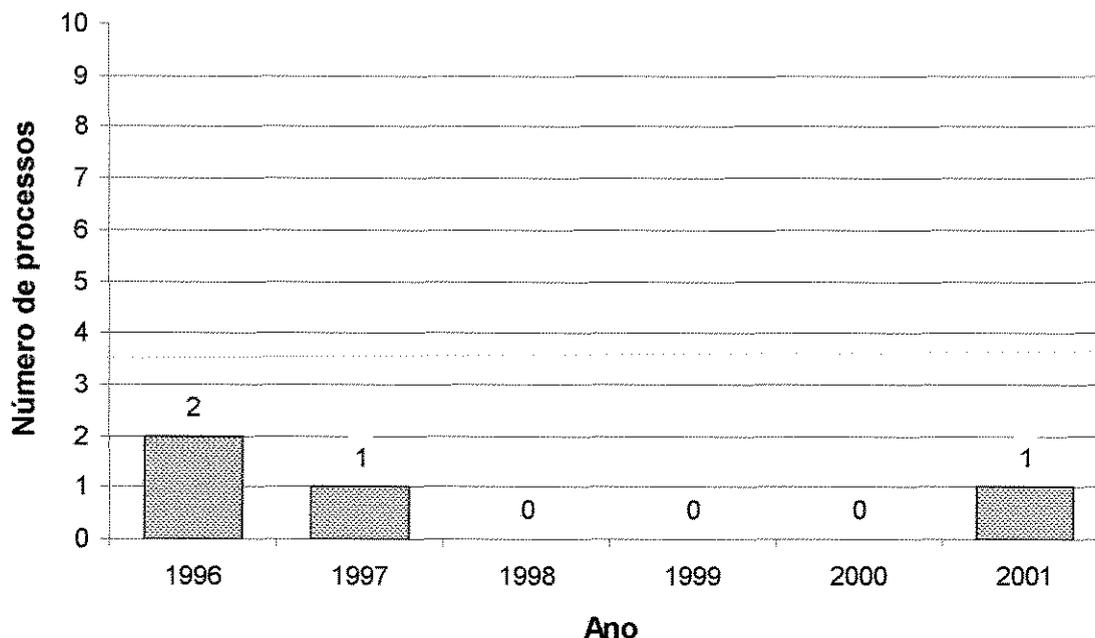


GRÁFICO 4- Número de processos ético-disciplinares julgados no período 1996-2001.

Observou-se, no GRAF. 4 que um número muito pequeno de processos ético disciplinares foram julgados.

É de se notar que em grande parte destes processos ético profissionais que foram instaurados, ocorre acordo ou desistência do denunciante em prosseguir no feito, antes que seja promulgado o acórdão e, que em 75% dos casos de processos que evoluíram até a promulgação do acórdão, o cirurgião-dentista foi julgado como sendo culpado.

Dentre as penalidades aplicadas, foram aplicadas duas advertências reservadas (1996 e 2001) e uma censura pública (1997). O dado relativo ao

resultado do outro processo julgado no ano de 1996, não foi fornecido pelo Conselho Regional de Odontologia do Estado do Espírito Santo.

Este decréscimo durante o *iter* processual se deve, provavelmente, a atuação do CRO-ES, que além de atuar de forma a suprir a falta da pessoalidade entre o profissional e o paciente, age de acordo com o instituído, buscando sempre o acordo sem no entanto se envolver na lide.

Observou-se também que de todos os processos julgados por aquela autarquia, envolvendo o cirurgião-dentista em decorrência de sua atividade, somente 3 (três) recorreram à instância superior administrativa e em 100% dos recursos a decisão foi mantida, o que demonstra o acertado rumo da regional na grande maioria dos casos.

Ainda existem 25 processos éticos sem trânsito em julgado, conforme indica a resposta à questão 8 do questionário respondido pela autarquia.

O GRAF. 5 relaciona o número de denúncias, processos e julgamentos ocorridos no CRO-ES entre os anos de 1996 e 2001.

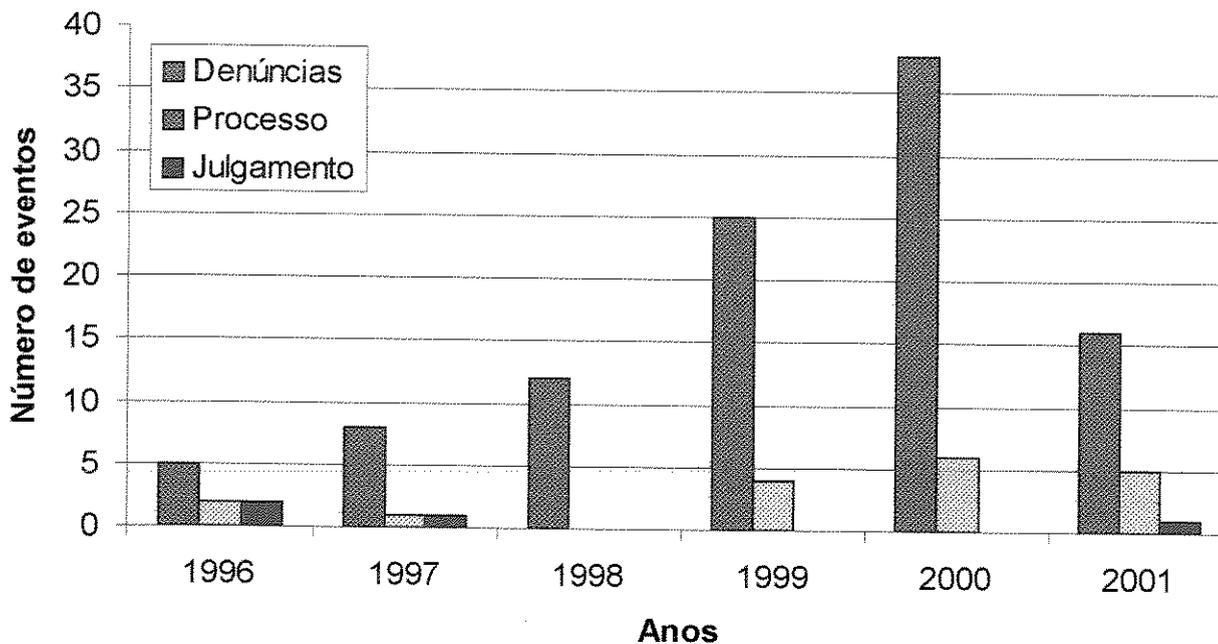


GRÁFICO 5 - Relaciona o número de denúncias, processos e julgamentos ocorridos no CRO-ES entre os anos de 1996 e 2001

5.4 Processos com trânsito em julgado no TJES

No TJES, foi encontrado apenas 2 (dois) processos envolvendo cirurgiões-dentistas tendo como objeto da lide o labor do profissional. Um com trânsito em julgado e outro que se encontrava em grau de recurso. No primeiro caso, conforme fundamentação do Sr. Desembargador Amim Abiguenem da 1ª Câmara Cível, a sentença foi mantida, sendo o cirurgião-dentista obrigado a suportar a indenização imposta no juízo de piso, como forma não apenas punitiva, mas também compensatória dos prejuízos morais causados ao paciente. Tal acórdão decidiu que:

"Quanto à natureza, o contrato de prestação de serviços odontológicos assemelha-se aos serviços médicos constituindo obrigação de meio e não de resultado. Na prática, se seus meios e a sua atividade não atingiram o resultado, não descumpriu o pactuado, mas em havendo culpa, isso é, falta de cuidado, atenção e diligência existe a obrigação de indenizar sendo constatado pelo Conselho Regional de Odontologia e pela perícia judicial que as seqüelas suportadas pela apelada foram decorrentes de imperfeição profissional.

Quanto à quantificação do valor econômico do dano moral, a indenização pecuniária não visa apenas a punição, mas também compensar a sensação moral da vítima com uma compensação justa e agradável.

Assim, o valor da indenização por danos morais, fixado pelo juiz de piso, na importância de R\$ 6.721,20 (seis mil setecentos e vinte e um reais e vinte centavos) não merece censura, pois o julgador serviu-se de uma justa compensação das impressões a respeito do sofrimento que a apelada experimentou."

De se notar o grau de importância do assunto, obrigação de meio e obrigação de resultado, na atividade do cirurgião-dentista, a participação do CRO-ES e dos peritos judiciais, que via de regra são cirurgiões-dentistas e que devem sempre apurar com alto grau de veracidade os fatos, vez que, não há condição do judiciário ser versado nas mais diversas áreas de atuação do ser humano, fazendo uso daqueles profissionais para que seja possível seu esclarecimento e conseqüente julgamento.

Segundo PATARO (1976), deve o profissional que é chamado a se manifestar em qualquer ação "em que o médico seja responsabilizado profissionalmente, os colegas que se devam pronunciar a respeito, não devem ter, na sábia advertência de Nério Rojas, 'nem severidade intransigente, nem

cumplicidade dissimulada: compreensão inteligente de toda a situação em seus aspectos objetivo e subjetivo” .

No outro processo encontrado no TJES, os cirurgiões-dentistas em litisconsórcio passivo foram absolvidos no juízo de piso, tendo o julgador observado em sentença, que no caso o CRO-ES, agiu ao arrepio da lei além de estar o processo ético, no qual os cirurgiões-dentistas foram julgados como culpados, eivado de nulidades insanáveis, nulidades estas, reconhecidas pelo jurídico da autarquia. Foi apurado no *iter* processual judicial que o paciente agiu de forma a assumir os riscos do insucesso do tratamento executado, quando não seguiu e muito menos, utilizou as orientações e material de higiene fornecido pelos cirurgiões-dentistas.

Porém, é importante registrar que muitos processos judiciais são instaurados, mas em observância aos artigos 331 e 448 todos do CPC, ao juiz é imposto, propor conciliação antes da instauração e após as razões finais pelo menos, onde se observa grande número de acordos.

Observou-se, no Espírito Santo, que aproximadamente 66,66% dos casos analisados , os processos administrativos que não obtiveram acordo no Conselho Regional de Odontologia, evoluíram para processo judicial, pois a instância administrativa não possui jurisdição civil para obrigar a qualquer das partes a indenizar a outra e sim, apenas jurisdição disciplinar sobre seus membros e sobre estes pode impor as sanções previstas em seu ordenamento administrativo e que não conflitem com o ordenamento pátrio positivo.

5.5 Especialidades mais envolvidas em demandas junto ao CRO-ES

Quanto às especialidades mais envolvidas em demandas administrativas apurou-se, junto ao CRO-ES, que as cinco mais freqüentemente envolvidas são a ortodontia, implantodontia, clínica geral, prótese e endodontia nesta ordem de maior para menor ocorrência.

FRANÇA (1993), conclui em seu trabalho de dissertação de mestrado, que as especialidade mais envolvidas em demandas são: implantodontia, prótese, ortodontia, endodontia e periodontia.

5.5.1 Quantificação das especialidades mais exercidas – apuradas junto aos cirurgiões-dentistas

Tais especialidades, de acordo com a pesquisa realizada junto aos cirurgiões-dentistas do Estado do Espírito Santo, possuem percentual de profissionais em atuação nas freqüências que se seguem.

Tomando-se como base, que o estudo representa fielmente a população dos cirurgiões-dentistas capixabas, analisemos a importância relativa de cada uma das especialidades, que pode ser avaliada através da seguinte tabela que congrega os dados totais de especialidades anotadas pelos profissionais que responderam à pesquisa.

TABELA 3

Quantificação das especialidades mais exercidas – apuradas junto aos cirurgiões-dentistas

Especialidade	Frequência	Porcentagem
Dentística	83	13.61%
Endodontia	80	13.11%
Prótese	76	12.46%
Radiologia	74	12.13%
Odontologia preventiva	71	11.64%
Odontologia cosmética	55	9.02%
Cirurgia buco-maxilo-facial	54	8.85%
Odontopediatria	48	7.87%
Ortodontia	24	3.93%
Patologia bucal	11	1.80%
Periodontia	7	1.15%
Implantodontia	7	1.15%
Odontologia em saúde coletiva (social)	7	1.15%
Odontologia legal	6	0.98%
Prótese sobre implante	5	0.82%
Outras especialidades	2	0.33%

Observa-se que algumas especialidades são mais freqüentemente anotadas. As que apresentam porcentagem maior que 5% são: dentística, endodontia, prótese, radiologia, odontologia preventiva, odontologia cosmética, cirurgia buco-maxilo-facial e odontopediatria.

Todas as demais correspondem a menos que 5% das respostas anotadas.

5.6 Apuração da natureza da obrigação do cirurgião-dentista feita pelo CRO-ES

Informou o CRO-ES que em seus processos administrativos não se preocupa em apurar a natureza da obrigação a que está sujeito o cirurgião-dentista, por entender ser mais relevante apurar se houve ou não erro ético disciplinar do profissional membro.

De fato tal competência é própria do judiciário, mas seria importante que houvesse uma orientação dos Conselhos Regionais e até mesmo do Conselho Federal sobre o assunto, à semelhança de como age o Conselho Federal de Medicina que publicou resolução de número 1.621/2001, a respeito.

Outra orientação dada aos médicos, e que não há semelhante no diploma ético odontológico, é o constante do artigo 91 do Código de Ética Médica, onde também é vedado ao médico firmar qualquer contrato de assistência médica que subordine os honorários ao resultado do tratamento ou à cura do paciente.

Em nosso alvitre, tais orientações, dadas pelo órgão de classe da medicina, também deveriam ser objeto de preocupação, não só do órgão de classe da odontologia, mas de todos os demais órgãos de classe ligados à saúde, pois como sabemos, as obrigações quanto ao conteúdo têm natureza contratual, e é perfeitamente possível que uma obrigação que originariamente seja cientificamente reconhecida como sendo uma obrigação de meio possa ser contratada como obrigação de resultado, desde que seja a contratação possível, dentro de padrões razoáveis de previsibilidade.

O inverso também é cabível, ou seja uma obrigação que originariamente tenha previsibilidade científica como sendo obrigação de resultado pode ser contratada como obrigação de meio.

É claro que estas possibilidades devem ser observadas, a fim de que se preserve o equilíbrio entre as partes, não prejudicando o direito de qualquer daquelas em razão da impossibilidade de provar seu interesse.

FRANÇA (1993), assevera em suas conclusões, que a responsabilidade do cirurgião-dentista não pode ser genericamente considerada como sendo de resultado. Considera ainda, que as especialidades de prótese em geral, ortodontia, dentística, radiologia, estomatologia, odontologia em saúde coletiva e patologia, são especialidades cuja natureza da obrigação é de resultado. As especialidades de endodontia, periodontia, implantodontia e cirurgia e traumatologia buco-maxilo-facial foram consideradas pela ilustre doutrinadora como sendo de meio. A odontopediatria foi considerada, pela autora citada, como sendo obrigação de meio e de resultado na dependência da área de atuação do profissional.

Embora não discordemos totalmente do que CALVIELLI (1997), afirmou que "felizmente, a atuação dos cirurgiões-dentistas, encabeçados principalmente pelos pesquisadores e docentes da área da odontologia legal, foi fazendo ver aos juristas que o estágio em que se encontra a ciência odontológica, distante dos tempos de Gualter Lutz (1938) e Guimarães Menegale, não podia mais se conter no campo da previsibilidade de resultados, eis que dependentes da resposta biológica de seus pacientes, ou até mesmo de sua colaboração (Silva e Calvielli, 1988; Ramos e Calvielli, 1991), que na cirurgia, na endodontia, na periodontia, por exemplo, existe uma inafastável imprevisibilidade da resposta biológica. A partir daí, nos contratos que têm por objetivo a atuação nessas áreas, admite-se a obrigação de meio; porém, 'quando se cuida de tratamento dentário que envolva a colocação de prótese, restauração, limpeza etc. voltadas para o aspecto estético" (Stoco, 1995) essa obrigação continua a ser entendida como "de resultado" ", acreditamos que a previsibilidade deve ser comprovada através de estudos científicos, assim como a ocorrência de fatos imprevisíveis devem ser

provados e sujeitos a verificação do julgador, que deve usar de bom senso em seu julgamento, avaliando-se sempre o caso concretamente considerado. Se cientificamente o procedimento é tido como de previsibilidade de sucesso alta, estará o profissional, pelo menos a princípio, sujeito a uma obrigação de resultado.

O ordenamento administrativo da medicina orienta à seus membros a não contratarem seus serviços como sendo obrigação de resultado, estabelecendo tal atitude, se existente, como sendo infração ética profissional sujeita a penalidades previstas naquele ordenamento, juridicamente tal atitude não possui força, mas é indubitavelmente uma importante orientação a ser seguida por seus membros que não possuem formação jurídica, que se seguirem fielmente tais orientações estarão, com certeza menos sujeitos a problemas, caso ocorra alguma demanda judicial ou administrativa.

Quanto à orientação do órgão de classe da medicina a respeito de todo ato médico constituir obrigação de meio e não de resultado, é esta orientação, inquestionavelmente, uma valiosa orientação administrativa, mas juridicamente deve-se restar comprovado que cientificamente a previsibilidade de sucesso esperada na intervenção é condizente à obrigação de meio, ou seja, se a previsibilidade científica reconhecida de sucesso na intervenção mostrou-se alta nos estudos científicos semelhantes, esta obrigação será de resultado e não de meio como estabelece o ordenamento administrativo do CFM.

TOMAZZINO (1990), citado por FRANÇA (1993), escreve que o profissional deve em suas orientações a seu paciente, cuidar para que estas não incentivem o preocupante fenômeno da litigiosidade na seara da responsabilidade dos profissionais de saúde.

É evidente, que se restar provado que o profissional foi diligente, prudente e perito e que ocorreu alguma das excludentes de ilicitude, não haverá

culpa deste, independente do procedimento estar incluído nas obrigações de meio ou de resultado.

O fato de os órgãos de classe odontológicos não se preocuparem com o tema talvez deva-se, ao fato de não ser o ensino da disciplina de Odontologia Legal presente na maioria das grades curriculares de graduação. Com relação à medicina observa-se que o ensino da disciplina de Medicina Legal e Deontologia está presente na grade curricular da graduação do médico. Conseqüentemente o profissional médico está mais atento às questões que dizem respeito a seus direitos e suas obrigações na sociedade.

Desta forma, observou-se que os profissionais que cursaram a disciplina de Odontologia Legal em seu curso de graduação se preocuparam em se manter atualizados quanto aos seus direitos e obrigações na ordem civil, em especial no que diz respeito ao CDC (Lei 8078/90). Observa-se que a ementa da disciplina de Odontologia Legal e Deontologia dos cursos de Odontologia, são plenamente negociáveis com o Ministério da Educação e Cultura, mas não determinam sua obrigatoriedade muito menos o seu conteúdo programático (Lei 9394/96- Lei de Diretrizes e Bases de Educação). Porém após aprovada a ementa o referido Ministério, fica legitimado a cobrar a sua administração. No entanto, a forma desta administração fica a cargo do professor, podendo ser administrado o conteúdo sob diversas formas, como por exemplo na forma de seminário, trabalho de pesquisa, aulas expositivas, dentre outras.

Frente à problemática discutida, julgamos ser muito importante uma maior oferta de cursos, seminários, além da revisão da não obrigatoriedade da disciplina de Odontologia Legal e Deontologia na grade curricular mínima obrigatória de graduação.

5.7 Associações entre variáveis relativas aos cirurgiões-dentistas

5.7.1 "Fez algum curso sobre responsabilidade civil nos últimos 3 anos?" x "Teve em seu curso de graduação a disciplina de Odontologia Legal?"

O GRAF. 6 nos mostra algum indício de associação entre as duas variáveis. Observe que dentre os que tiveram a disciplina Odontologia Legal, 54,55% fizeram curso sobre responsabilidade profissional nos últimos 3 anos. Dentre os que não tiveram a disciplina Odontologia Legal, apenas 28,65% fizeram curso sobre responsabilidade profissional nos últimos 3 anos. Importa considerar, que apesar de algumas Faculdades de Odontologia incluírem a disciplina de Odontologia Legal em sua grade curricular observa-se que na prática, esta disciplina é subliminarmente abordada, sendo algumas vezes ministrada junto com o conteúdo de outras cadeiras, como Odontologia Social e Preventiva, ficando a disposição do aluno apenas noções muito aquém do limite mínimo necessário a um conhecimento básico àqueles direitos e obrigações salientados.

Isto deve-se ao fato que os próprios professores daquelas disciplinas não possuem conhecimento da matéria pelo fato de não terem tido tal formação. Caso a disciplina de Odontologia Legal e Deontologia fosse abrangente e discutisse os temas relevantes e importantes para o exercício profissional do cirurgião-dentista, o conhecimento legal das normas éticas e jurídicas seria maior.

Cursos, simpósios e seminários sobre Odontologia Legal também deveriam ser ofertados, pelo próprio CROs e CFO, como forma de esclarecimento, à classe.

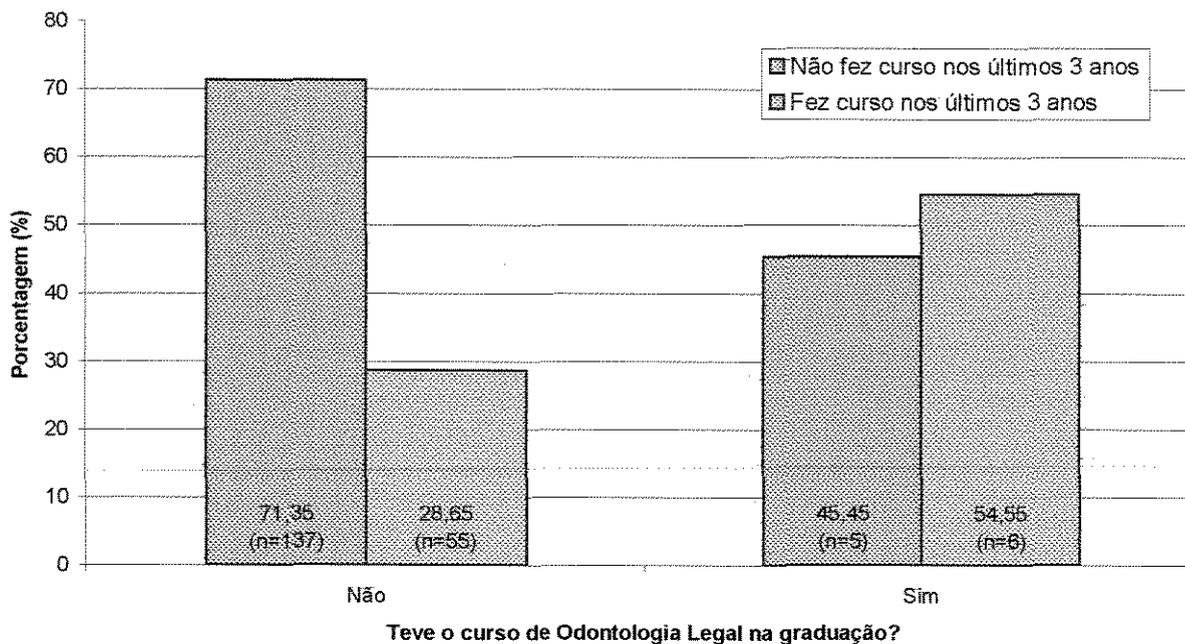


GRÁFICO 6 - Porcentagens dos questionários que assinalaram sim, ou não para a realização de cursos nos últimos 3 anos em cada um dos grupos que tiveram ou não a disciplina Odontologia Legal no curso de graduação - n:203. Razão de máxima verossimilhança qui-quadrado= 3,025 p=0,082

Observa-se no gráfico 6 que a porcentagem de "Sim" para quem teve curso de Odontologia Legal na graduação (71,35%) é maior que a porcentagem de "Sim" do grupo que não teve Odontologia Legal na graduação (45,45%).

As estatísticas revelam fracos, porém animadores indícios ($p < 0,082$) de que há associação entre a existência da disciplina de Odontologia Legal e a realização de curso sobre responsabilidade profissional.

Apesar de bastante clara a diferença de proporções, o número de profissionais que tiveram a disciplina de Odontologia Legal é muito pequeno, apenas 11 (5,42%) da amostra.

5.7.2 "Fez algum curso sobre responsabilidade civil nos últimos 3 anos?" x Número de opções anotadas como de resultado nas diversas especialidades

Observamos que é natural de se esperar que profissionais que tenham participado de cursos sobre responsabilidade profissional estejam mais aptos a responderem às questões formuladas com objetivo de se avaliar o seu conhecimento.

Para testar esta hipótese é que se construiu GRAF. 7, que associa o número de anotações como obrigação de resultado, com o fato dos profissionais terem, ou não, cursado treinamento sobre responsabilidade profissional nos últimos 3 anos.

As porcentagens nas colunas nos mostram que na classe que anotou como obrigação de meio para todas as especialidades, tínhamos apenas dois profissionais, um que tinha feito curso há menos de 3 anos e outro que não havia feito curso sobre responsabilidade profissional nos últimos 3 anos. Caso se confirmasse a hipótese de que o curso auxiliaria na tomada de posição, deveria haver uma maior proporção de anotações como obrigação de resultado, nos que não fizeram curso e não que fossem igualmente distribuídos como se verificou, apesar do fato de se tratarem de apenas dois casos.

Na categoria que anotou como sendo obrigação de resultado, entre 1 e 6 itens, em 100 % dos casos (6) os questionários foram respondidos por pessoas que não haviam feito curso sobre responsabilidade profissional.

Dentre os profissionais que anotaram como sendo obrigação de resultado, entre 7 e 12 itens, observa-se que 76,54% não fizeram curso, ao passo que 23,46 fizeram e, por fim, dentre os que anotaram como sendo obrigação de

resultado, entre 13 e 18 itens, 64,35% não fizeram curso ao passo que 35,37 fizeram cursos sobre responsabilidade profissional nos últimos 3 anos.

Embora de uma maneira tímida, há indícios de que o aumento no número de anotações como sendo de resultados, está associado com um aumento na porcentagem de pessoas que fizeram cursos. Retirando-se a primeira classe (a dos que não anotaram como resultado) uma vez que ela é composta por apenas 2 profissionais, observamos que a porcentagem de pessoas que fizeram cursos nos últimos 3 anos evoluiu de 0% (1 a 6 anotações como resultado) para 23,46% (7 a 12 anotações como resultado) e, por fim para 35,65% (13 a 18 anotações como resultado).

O que se observa é que os profissionais que fizeram curso de responsabilidade nos últimos 3 anos, têm uma tendência a anotar sua responsabilidade como sendo de meio, talvez pelo conhecimento das implicações da obrigação de resultado.

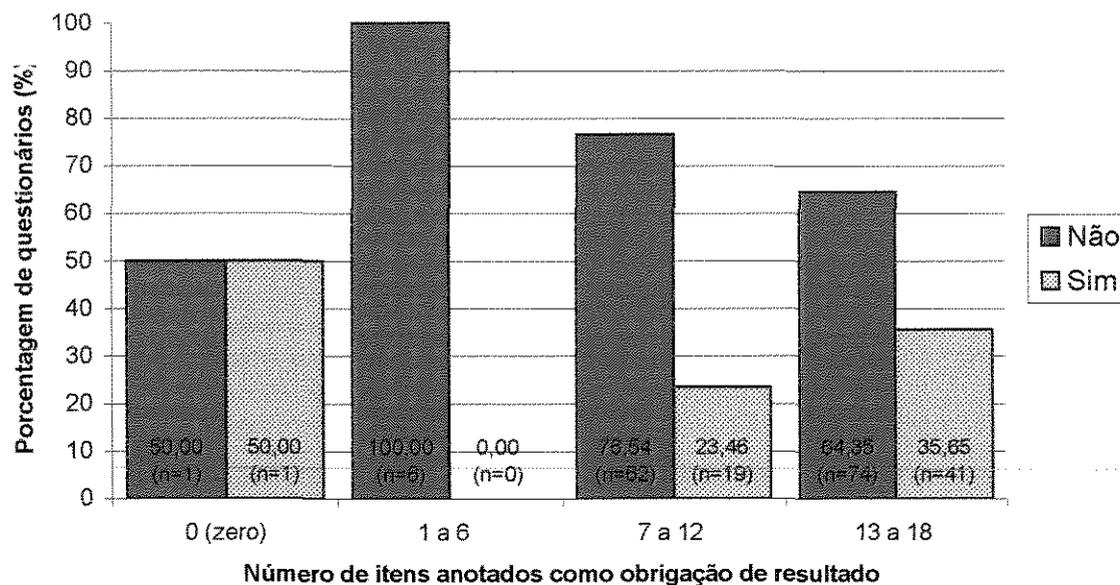


GRÁFICO 7 - Percentagens dos questionários que assinalaram sim, ou não para a realização de cursos nos últimos 3 anos em cada uma das opções anotadas como sendo obrigação de resultado nas diversas especialidades - n:204. (Razão de máxima verossimilhança qui-quadrado= 8,053 p= 0,045)

Observa-se inicialmente que o teste de razão da máxima verossimilhança nos fornece indícios de que há associação entre linhas e colunas da tabela de contingência ($p < 0,05$). Os coeficientes de correlação se aproximam de 17,7%, um valor pequeno mas que já é suficiente para se considerar algum grau de associação entre o maior número de acertos e a frequência em treinamento sobre responsabilidade profissional.

5.7.3 "Fez algum curso sobre responsabilidade civil nos últimos 3 anos?" x "natureza da Instituição em que se graduou"

O GRAF. 8 permite observar, mais uma vez, que não há associação entre linhas e colunas da tabela.

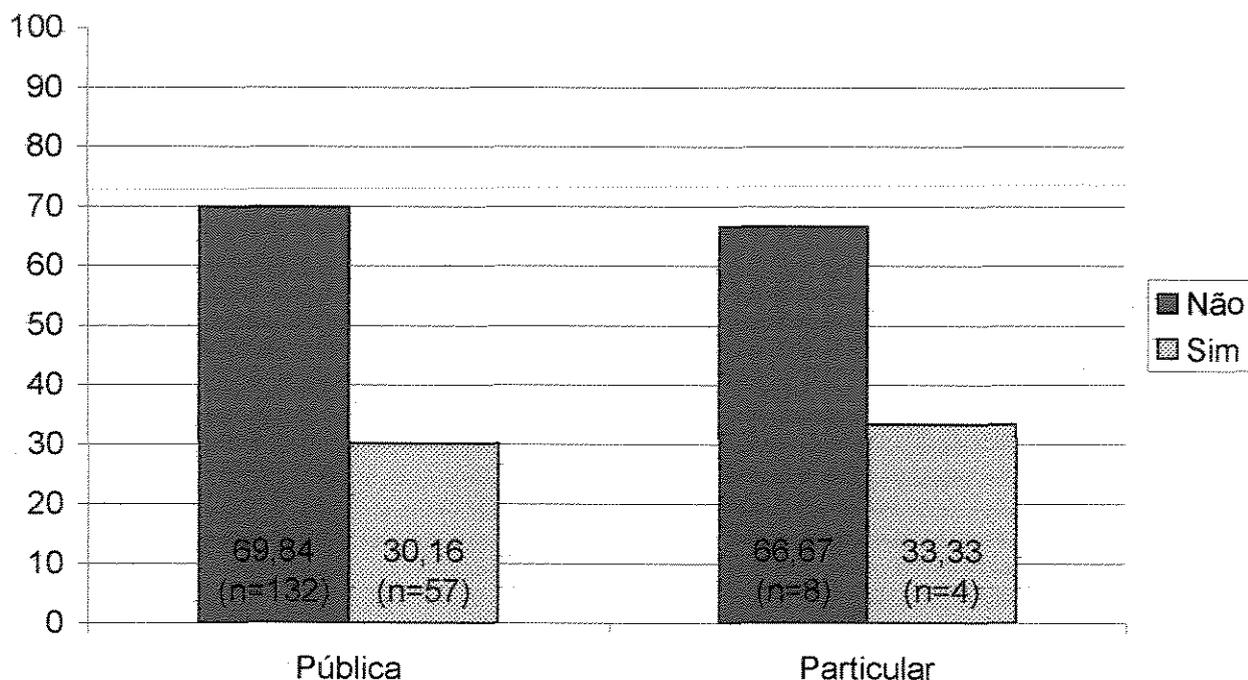


GRÁFICO 8 - Porcentagens dos questionários que assinalaram sim, ou não para a realização de cursos nos últimos 3 anos em cada uma das classes de natureza a instituição de ensino - n:201. (Razão de máxima verossimilhança qui-quadrado= 0,053 p=0,818)

Observa-se que independentemente da natureza da instituição de ensino, cerca de 30% dos profissionais cursaram treinamento em Odontologia Legal nos últimos 3 (três) anos.

Por meio de testes estatísticos pode-se reforçar a idéia de que não há associação entre a natureza da instituição de ensino e treinamento nos últimos 3 (três)anos, conforme se apresentam os resultados na tabela seguinte.

5.7.4 "Fez algum curso sobre responsabilidade civil nos últimos 3 anos?" x "Que locais atua "

O GRAF. 9 somente evidencia que uma proporção muito pequena de profissionais fizeram curso de responsabilidade profissional nos últimos 3 anos (29,56%). Dentro das diversas possibilidades de locais de atuação, a proporção dos que fizeram e não fizeram é significativo($p=0,022$). Para a última classe (Serv. priv., Cons. part. e Outros) onde 100% dos profissionais fizeram curso. Ocorre, todavia, que esta porcentagem é calculada com base em um único profissional, o que não torna a conclusão representativa.

Nas demais categorias a comparação das porcentagens nas colunas sempre mostram porcentagens maiores na classe dos que não fizeram curso.

O GRAF. 8 ilustra a comparação entre porcentagens das colunas, ou seja, porcentagens dos que fizeram ou não-fizeram cursos dentre de cada uma das classes de locais de trabalho.

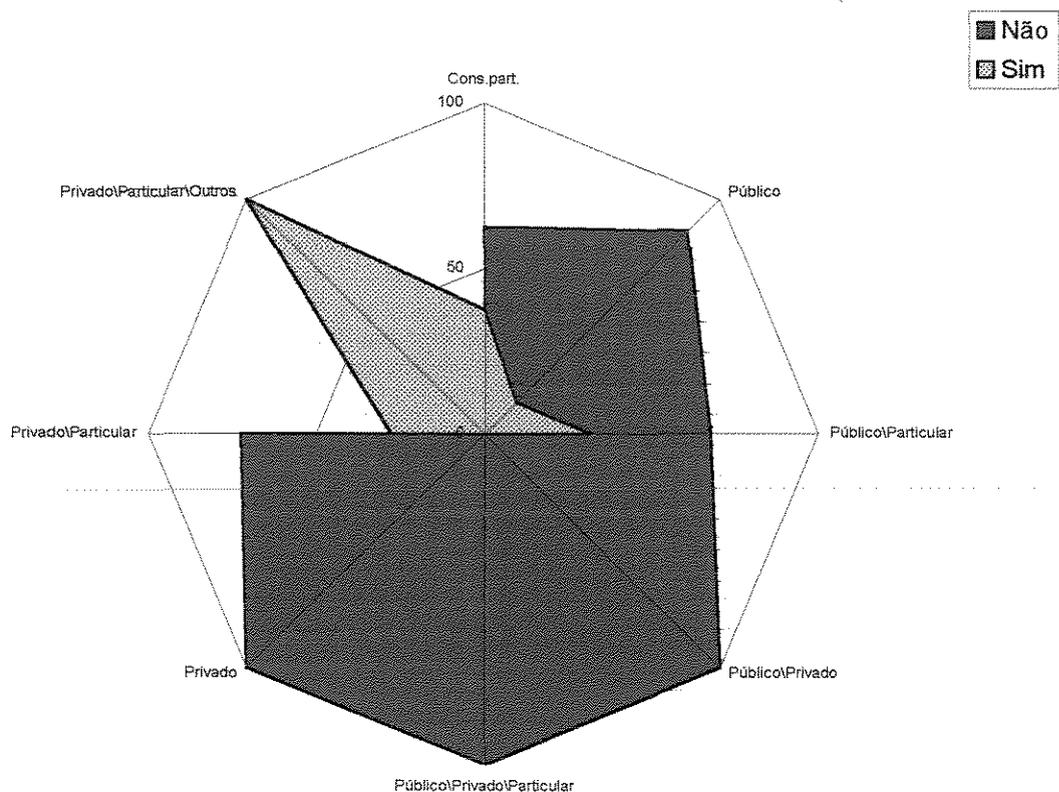


GRÁFICO 9 - Porcentagens dos questionários que assinalaram sim, ou não para a realização de cursos nos últimos 3 (três) anos em cada uma das classes de locais de trabalho - n:203. Razão de máxima verossimilhança qui-quadrado= 16,386 p=0,022

A TAB. 4 mostra dados pormenorizados relativos ao GRAF. 9.

TABELA 4

Associação entre "Fez curso de responsabilidade nos três anos?" x "Que locais que atua?"

	cons. part	público	públ/part	públ/priv/ part	privado	priv/ parti	priv/part /outros	total
Não	50	26	36	2	6	2	21	0 143
Sim	30	4	17	0	0	0	8	1 60
Total	80	30	53	2	6	2	29	1 203

Frequência de dados perdidos = 1

TABELA 4- Número de entrevistados relativo ao gráfico 9

5.8 Caracterização da amostra quanto a busca de informações em curso de responsabilidade profissional

A caracterização da amostra quanto à busca de informação em curso de responsabilidade profissional, observamos que apenas 29,9% (61) dos profissionais procuraram fazer cursos na área de responsabilidade profissional, um número que se choca com a importância mencionada na questão que valorou a importância que é dada a informação a respeito do tema responsabilidade profissional.

Esta porcentagem pode revelar a inexistência de cursos em número, local e com custos compatíveis o que dificultaria a freqüência neste tipo de treinamento ou em uma falsa importância atribuída pelos profissionais à este tema.

O teste de qui-quadrado sugere fortes indícios de que há diferença entre as proporções na população. O GRAF. 10 ilustra as porcentagens listadas.

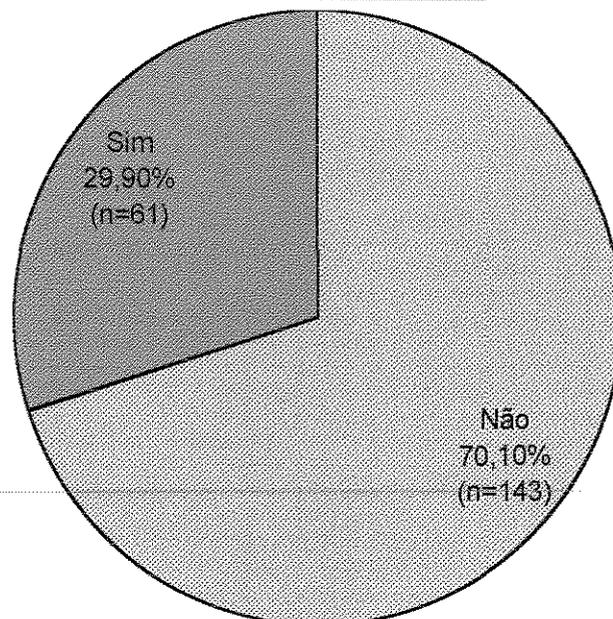


GRÁFICO 10 - Porcentagens de profissionais que cursaram (Sim) ou não cursaram turmas de responsabilidade profissional. As proporções são significativamente diferentes pelo teste de qui-quadrado com nível de significância de 5% ($\alpha=0,05$) - n:204

5.9 Caracterização da amostra quanto à existência da disciplina de Odontologia Legal na grade curricular de graduação

Procurou-se caracterizar a amostra quanto a existência da disciplina de Odontologia Legal na grade curricular, observou-se que apenas 5,4% (11) dos entrevistados tiveram a disciplina de Odontologia Legal na grade curricular de seu curso de graduação.

O teste de qui-quadrado sugere fortes indícios de que há diferença entre as proporções na população. O GRAF. 11 ilustra as porcentagens listadas.

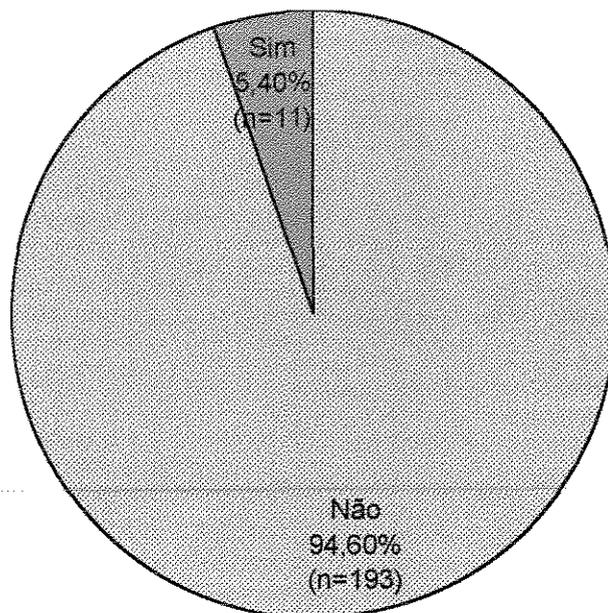


GRÁFICO 11- Porcentagens de profissionais que cursaram (Sim) ou não Odontologia Legal nos cursos de graduação. As proporções são significativamente diferentes pelo teste de qui-quadrado com nível de significância de 5% ($\alpha=0,05$) - n:204.

A pequena porcentagem pode conduzir a falhas no aprendizado do tipo de assunto tratado neste texto, daí a importância de se ter noção de que a porcentagem é muito baixa e que neste tipo de curso poderiam ser ensinados os conhecimentos ora testados.

No entanto 100% dos profissionais que participaram da pesquisa, acreditam ser importante ter conhecimento a respeito do assunto, responsabilidade profissional ligada a sua atividade, fato que torna desnecessário e até inviabiliza a aplicação de testes estatísticos ou a construção de figuras em vista do fato do resultado óbvio.

Diante do exposto, necessário se faz tomar posição acerca da responsabilidade civil odontológica quanto ao seu conteúdo, se trata-se de obrigação de meio ou obrigação de resultado. É de fundamental importância; uma

vez já analisados os diversos aspectos a respeito do tema Responsabilidade Civil genericamente falando, em especial considerando a Lei 8078/90, CDC que como já esclarecido anteriormente derogou o CCB em várias situações.

5.10 Análise estatística de diversos procedimentos realizáveis por cirurgiões-dentistas

Em seguida analisaremos estatisticamente as respostas dos cirurgiões-dentistas entrevistados, onde podemos concluir que os próprios cirurgiões-dentistas avaliam sua obrigação, na maioria dos procedimentos perguntados, como sendo de resultado. Todos os resultados que se seguem, foram obtidos por meio da técnica estatística qui-quadrado e mostraram fortes indícios que as proporções são significativamente diferentes entre si, o que nos permite concluir que as respostas não foram anotadas ao acaso.

TABELA 5

Distribuição de como a população pesquisada entende a sua obrigação - n:204

Especialidade/Procedimento	Resultado	Meio	Não Sei	M/R
Protése fixa convencional	82,40%	8,80%	8,80%	
Ortodontia corretiva	80,90%	10,80%	7,80%	0,50%
Restaurações estéticas(Resina,porcelana..)	80,90%	15,70%	3,40%	
Ortodontia interceptativa	76,50%	13,70%	9,30%	0,50%
Restaurações não estéticas	76,50%	18,60%	4,90%	
Protése removível e protése total	75,92%	12,29%	11,79%	
Implantodontia	74,00%	15,20%	10,80%	
Retratamento endodôntico	73,50%	19,60%	6,90%	
Protése fixa adesiva	71,53%	12,29%	11,79%	
Odontologia social e preventiva	71,10%	24,00%	4,90%	
Ortodontia preventiva	71,10%	24,00%	4,90%	
Cirurgia buco-maxilo-facial	70,10%	18,10%	11,30%	0,50%
Necropulpectomia	68,10%	21,10%	10,80%	
Radiologia	65,20%	13,20%	21,60%	
Exodontia	65,13%	27,47%	7,39%	
Tratamento expectante(direto e indireto)	60,80%	26,00%	15,20%	
Biopulpectomia/pulpotomia	60,20%	20,60%	15,20%	
Urgência odontológica	59,95%	37,74%	8,31%	
Tartarotomia, polimento, flúor tópico	59,30%	27,50%	13,20%	
Tratamento de reabsorções(int.,ext,óssea)	54,40%	25,00%	20,60%	
Tratamento de periodontopatias	53,90%	24,00%	22,10%	
Odontologia Legal	52,95%	13,21%	33,83%	

A TAB. 5, indica os percentuais obtidos na pesquisa. A análise da tabela permite as seguintes considerações:

a) Os maiores índices com relação à especialidades/procedimentos a serem considerados como de resultado dizem respeito aos itens 1,2 e 3, com percentuais acima de 80%.

b) O especialidades/procedimentos enumerados pelos itens de 4 a 13, foram considerados como sendo de resultados, com índices entre 68,10% e 80%.

c) O especialidades/procedimentos enumerados pelos itens de 14 a 22 foram também considerados em sua maioria como sendo de resultado, porém, os percentuais obtidos foram significativamente menores(entre 52,95% e 65,20%), situando-os como especialidades/procedimentos que podem constituir-se como passíveis de responsabilidade de resultado ou de meios, na dependência de condições próprias ou do caso concreto. Com relação com o item Odontologia Legal, que a maioria considerou como sendo de resultados, obteve na pesquisa índice duvidoso e 33,83% dos entrevistados, afirmaram não saberem classifica-la, possivelmente por não conhecer a especialidade e sua aplicações.

d) Com relação a urgência odontológica, item que resolvemos incluir nas pesquisa e que abrange uma grande diversidade de procedimentos, o índice obtido foi de 59,95% para resultado e de 37,74% para meio, o que coincide com a expectativa.

e) O entendimento dos cirurgiões-dentistas, de estarem mais sujeitos a obrigação de resultado, provavelmente guiados pela segurança ofertada pelos trabalhos científicos odontológicos publicados ou ainda pela indústria que sempre tendem a demonstrar que seu produto é mais adequado para solução dos mais

variados problemas que se apresentam na rotina do profissional cirurgião-dentista.

f) Esta opinião dos cirurgiões-dentistas , mesmo entendendo como de resultado sua obrigação em diversos procedimentos/especialidades, pode ter caráter instintivo de prevenção, e acredita-se que o baixo número de demandas observadas, pode estar relacionado a este fato, com os profissionais não assumindo posições de garantia de resultado, mesmo para situações onde o desenvolvimento técnico assim indica.

Em tempo, é de boa conduta observar o que DARUGE & MASSINI (1987) escreveram em seu trabalho, onde asseveram que, a odontologia é profissão que sobrevive dos detalhes e que na sua não observação, o profissional corre sérios riscos de promover danos ao paciente com possíveis implicações legais.

Registre-se finalmente que independentemente da opinião do cirurgião-dentista, a respeito de determinado procedimento/especialidade enquadrar-se como sendo obrigação de meio ou de resultado; independentemente do que preconiza a doutrina médica, odontológica ou jurídica; independentemente da forma de entendimento do paciente, nem sempre tão hiposuficiente quanto se possa imaginar, importa considerar que sempre caberá ao julgador analisar o caso em concreto e que o profissional deve sempre tomar todas as medidas necessárias para bem servir seu cliente, possuindo assim maior capacidade de enfrentar as possíveis demandas sejam elas de ordem administrativa, civil ou penal. Para tal, impõem-se a necessidade da soma de diversos fatores tais como: técnica e materiais adequados, boa comunicação entre paciente e profissional, educação em saúde, incluindo neste último, orientação e conscientização quanto aos benefícios tanto para o profissional, quanto para o paciente em assim agir

para que se alcance e mantenha os resultados estéticos, funcionais e por conseguinte, a saúde.

6 CONCLUSÕES

O estudo nos permite concluir que:

a) Administrativamente - junto ao Conselho Regional de Odontologia do Estado do Espírito Santo

- Houve aumento de denúncias ano, após ano e um grande número de desistências e acordos motivados pela atuação do CRO-ES, porém o mesmo não apurou a obrigação do cirurgião-dentista quanto ao conteúdo, bem como o CFO não reformou o acordo dos casos onde o cirurgião-dentista foi julgado culpado..

- As especialidades mais envolvidas em demandas administrativas são a ortodontia, implantodontia, clínica geral, prótese e endodontia.

b) Judicial - junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

- Encontrou-se apenas dois processos judiciais envolvendo o cirurgião-dentista em seu labor. Um com trânsito em julgado onde foi entendida a obrigação do cirurgião-dentista como sendo de meio, o outro processo, absolveu os cirurgiões-dentistas e se encontrava em grau de apelação. Observou-se uma pequena tendência de aumento de lides.

c) Doutrinariamente

- O aumento de lides deve-se em nossa avaliação à maior impessoalização no relacionamento e à falta de formação adequada em Odontologia Legal e Deontologia.

- A obrigação do cirurgião-dentista, é prevalentemente de resultado.

- O cirurgião-dentista como profissional liberal, está sujeito ao CDC, sendo subjetiva a apuração da culpa.

- Será objetiva a apuração da culpa do cirurgião-dentista, se exercer sua atividade em caráter diverso de profissional liberal.

- O cirurgião-dentista, estará sujeito ao CCB se a prestação de seus serviços for em caráter extra-contratual.

- A obrigação do profissional da área de saúde em geral é de meio, quando a previsibilidade de sucesso da intervenção não possui porcentagem alta de sucesso esperado e será de resultado quando a previsibilidade de sucesso for tida como certa, previsibilidade esta, comprovada por estudos científicos aceitos pela comunidade científica.

d) Pessoal coletivo - junto aos Cirurgiões-Dentistas do Estado do Espírito Santo

- Há a necessidade da inclusão da disciplina de Odontologia Legal e Deontologia junto as Instituições de Ensino Superior do Estado do Espírito Santo, bem como do estabelecimento de cursos de educação continuada nesta área para os já graduados.

- Os cirurgiões-dentistas entendem como de resultado sua obrigação para a maioria dos procedimentos/especialidades apontados, especialmente o grupo que não fez qualquer treinamento em Odontologia Legal e Deontologia nos últimos três anos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS*

1. ALVIM, A. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 3.ed. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1965. p.174-5, 236.
2. ALVIM NETO, J.M.A. **Manual de direito processual civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v.2, p.473.
3. ANDORNO, L.C. **La responsabilidad civil médica**. Porto Alegre: Ajuris, 1993. Nº 59 *Apud* KFOURI NETO, M. *Op. cit.* Ref. 70.
4. ANTUNES, F.C.M.; DARUGE, E.; DARUGE JUNIOR, E. O cirurgião-dentista frente a responsabilidade civil. **JAO Jornal de Assessoria ao Odontologista**, Curitiba, Ano IV, p.24, 2001.
5. ARAUJO *Apud* OLIVEIRA, M.L.L. *Op. cit.* Ref. 104.
6. ARBENZ, G.O. Responsabilidade profissional do cirurgião-dentista. *In*: ARBENS, G.O. **Introdução a odontologia legal**. São Paulo: Linográfica, 1959. p.57-75.
7. BARR, E.S.; FLATIZ, C.M.; HICKS, M.J. A retrospective radiographic evaluation of primary molar pulpectomies. **Pediatric Dentistry**, Chicago, v.13, n.1, p.4-9, Jan. 1991.
8. BARR-AGHOLME, M. *et al.* A two-year clinical study of light-cured composite and amalgam restorations in primary molars. **Dental Materials**, Oxford, v.7, n.4, p.230-233, Oct. 1991.

* Baseada na NBR-6023 de ago. de 2000, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

9. BAYEX FILHO, J.L. O código do consumidor e o direito intertemporal **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.5, p.63, jan./mar. 1993.
10. BECKER, A. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.13, p.44, 54, 1995.
11. BEDAQUE, J.R.S. **Dos poderes instrutórios do juiz**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
12. BENJAMIN, A.H.V. *In*: OLIVEIRA, J. (Coord.) **Comentário ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991. p.79.
13. BITENCOURT, C.R. **Manual de direito penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1, p.23.
14. BITTAR, C.A. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p.84.
15. BITTAR, C.A. O advento do código de defesa do consumidor e seu regime básico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.2, p.139, 1992.
16. BLAIN, K.M.; HILL, F.J. The use of inhalation sedation and local anaesthesia as an alternative to general anaesthesia for dental extractions in children. **British Dental Journal**, London, v.184, n.12, p.608-611, June 1998.
17. BORTOWSKI, M.A.M. A carga probatória segundo a doutrina e o código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.7, p.113, 1993.
18. BOURGOIGNIE, T. O conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.2, p.36, mar. 1992.

19. BOVE, L. **Danno**, in **novissimo digesto Italiano**. v.5, p.144. *Apud* DINIZ, M.H. *Op. cit.* Ref. 43, v.7.
20. BRIÑON, É. Fundamentos jurídicos y legales de la odontología pericial. *In*: BRIÑON, É. **Odontologia legal y practica forense**. Buenos Aires: Purizon, 1986. v.1, cap.3, p.29-37.
21. BRIÑON, E.N. **Odontologia legal y practica forense**. Buenos Aires: Purizon, 1984.
22. CÁCERES, E. Os direitos básicos do consumidor – uma contribuição. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.10, p.61, 1994.
23. CALAMANDREI, P. **Direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1999. *Apud* MARINONI, L.G. *Op. cit.* Ref. 82.
24. CALVIELLI, I.T.P. Responsabilidade profissional do cirurgião-dentista. *In*: SILVA, M. (Coord.) **Compêndio de odontologia legal**. Rio de Janeiro: MEDSI, 1997. cap.23, p.399-411.
25. CAPPELLETTI, M. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Buenos Aires: EJEJA, 1972.
26. CARNELUTTI, F. **Instituições do processo civil**. Campinas: Servanda, 1999. v.1.
27. CARNELUTTI, F. **La prueba civil**. Buenos Aires: Depalma, 1984. p.213
28. CARNELUTTI, F. **Sistema de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000. v.2, p.131.
29. CARNEVALE, G.; KALDAHL, W.B. Osseous resective surgery. **Periodontology 2000**, Copenhagen, v.22, p.59-87, Feb. 2000.

30. CARVALHO, R.M. *et al.* Avaliação clínica de restaurações preventivas de ionômero de vidro. **Revista Brasileira de Odontologia**, Rio de Janeiro, v.48, n.1, p.21-23, jan./fev. 1991.
31. CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000. v.2, 3.
32. CHOI, D.G. *et al.* Reliability of an ear-bow arbitrary face-bow transfer instrument. **The Journal of Prosthetic Dentistry**, Saint Louis, v.82, n.2, p.150-156, Aug. 1999.
33. CLEMENT, A.W.; WILLEMSSEN, W.L.; BRONKHORST, E.M. Success of direct pulp capping after caries excavations. **Nederlands Tijdschrift voor Tandheelkunde**, Utrecht, v.107, n.6, p.230-232, June 2000.
34. CODICE DI PROCEDURA CIVILE. Milano: Giuffrè, 2001.
35. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 52.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
36. COGGINS, R. *et al.* Anesthetic efficacy of the intraosseous injection in maxillary and mandibular teeth. **Oral Surgery Oral Medicine Oral Pathology and Oral Radiology Endodontics**, Saint Louis, v.81, n.6, p.634-641, June 1996.
37. DARUGE, E.; MASSINI, N. Responsabilidade profissional do cirurgião-dentista em relação as leis civil e penal. *In*: DARUGE, E.; MASSINI, N. **Direitos profissionais na odontologia**. São Paulo: Saraiva, 1987.
38. DEMOGUE, R. **Traité des obligations en général**. Paris: Libraire Arthur Rosseau, 1925. v.5.

39. DENARI, Z. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. *In*: GRINOVER, A.P. *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. cap.4.
40. DIAS, J.A. **Da responsabilidade civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. Tomo 1, p.9, 11, 39, 44, 107, 293, 760.
41. DINAMARCO, C.R. **A instrumentalidade do processo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
42. DINAMARCO, C.R. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v.3.
43. DINIZ, M.H. **Curso de direito civil brasileiro**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.2, 7.
44. DUNCAN, W.K.; DE BALL, S.; PERKINS, T.M. Chloral hydrate sedation: a simple technique. **Compendium**, Detroit, v.15, n.7, p.884-888, July 1994.
45. ECHANDÍA, H.D. **Teoria general de la prueba judicial**. Buenos Aires: V.P. De Zavalia, 1970. Tomo 1, p.420-421. *Apud* MATTOS, S.L.W. *Op. cit.* Ref. 91.
46. ENCINAS, E.E.; MÍGUEZ, M.L. **Código procesal civil Aleman**. Madrid: Marcial Pons, 2001.
47. ERICSSON, I. *et al.* Some clinical and radiographical features of submerged and non-submerged titanium implants. A 5-year follow-up study. **Clinical Oral Implants Research**, Copenhagen, v.8, n.5, p.422-426, Oct. 1997.
48. FABRÍCIO, A.F. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.7, p.30, 1993.

49. FÁVERO, F. Responsabilidade médica. *In*: FÁVERO, F. **Medicina legal**. 12.ed. Belo Horizonte: Villa Rica, 1991.
50. FERREIRA, A.B.H. **Minidicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
51. FILOMENO, J.G.B. Dos direitos do consumidor. *In*: GRINOVER, A.P. *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p.127.
52. FORCHIELLI, P. **Responsabilità civile**. Padova: Cedam, 1968. p.74.
53. FORSTEN, L.; KARJALAINEN, S. Glass ionomers in proximal cavities of primary molars. **Scandinavian Journal of Dental Research**, Copenhagen, v.98, n.1, p.70-73, Feb. 1990.
54. FRADEANI, M. Six-year follow-up with Empress veneers. **The International Journal of Periodontics & Restorative Dentistry**, Carol Stream, v.18, n.3, p.216-225, June 1998.
55. FRANÇA, B.H.S. **Responsabilidade civil e criminal do cirurgião dentista**. Piracicaba, 1993. 135p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Odontologia de Piracicaba, Universidade Estadual de Campinas.
56. FRANÇA, G.V. O código de defesa do consumidor e o exercício da medicina. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.13, p.56, 1995.
57. FREITAS, A.O. Responsabilidade civil objetiva no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.11, p.101, 1994.

58. FRIEDMAN, S. *et al.* Evaluation of success and failure after endodontic therapy using a glass ionomer cement sealer. **Journal of Endodontics**, Baltimore, v.21, n.7, p.384-390, July 1995.
59. FRITZ, M.E. Two-stage implant systems. **Advances in Dental Research**, Washington, v.13, p.162-169, June 1999.
60. GAYE, F. *et al.* Point of contact and cervical-proximal margin of occlusal-proximal restorations using amalgam. A clinical evaluation. **Odontostomatologie Tropicale**, Dakar, v.23, n.90, p.35-40, June 2000.
61. GIDI, A. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.13, p.33, 1995.
62. GOMES, O. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. P.17-21.
63. GRAU, E.R. Interpretação do código de defesa do consumidor. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR, 3., Canela, 1992.
64. GRINOVER, A.P. *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
65. HAAS, D.A. *et al.* Comparison of articaine and prilocaine anesthesia by infiltration in maxillary and mandibular arches. **Anesthesia Progress**, Lawrence, v.37, n.5, p.230-237, Sept. 1990.
66. HEPWORTH, M.J.; FRIEDMAN, S. Treatment outcome of surgical and non-surgical management of endodontic failures. **Journal of the Canadian Dental Association**, Ottawa, v.63, n.5, p.364-371, May 1997.
67. HOBBS, T. **O leviatã**. Rio de Janeiro: Garnier, 1900.

68. ITURRASPE, J.M. **Responsabilidad civil del médico**. Buenos Aires: Astrea, 1979. p.149.
69. KAUFMAN, E. *et al.* Evaluation of students' performance in obtaining local anaesthesia in children. **International Journal of Paediatric Dentistry**, Oxford, v.1, n.3, p.147-150, Dec. 1991.
70. KFOURI NETO, M. **Responsabilidade civil do médico**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.42-3, 50, 58, 65, 87.
71. KROETZ, T.A. Efetividade da tutela jurídica processual no código do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.6, p.168, 1993.
72. LEKHOLM, U. *et al.* Oral implants in combination with bone grafts. A 3-year retrospective multicenter study using the Branemark implant system. **International Journal of Oral Maxillofacial and Surgery**, Copenhagen, v.28, n.3, p.181-187, June 1999.
73. LIEBMAN, E.T. **Processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1974.
74. LOPES, J.B. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.11, 21-2.
75. LOPES, J.R.L. Consumidor e sistema financeiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.19, 1996. *Apud* DENARI, Z. *Op. cit.* Ref. 39.
76. LUCCA, N. O código de defesa do consumidor: discussões sobre seu âmbito de aplicação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.6, p.61, 1993.
77. LUTZ, G. **Erros e acidentes em Odontologia**. Rio de Janeiro, 1938. *Apud* FRANÇA, B.H.S. *Op. cit.* Ref. 55.

78. MAGALHÃES, T.A.L. **Dano estético**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p.32
79. MAGALHÃES, T.A.L. O código e o profissional liberal. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 1991. Caderno Empresas, p. 1.
80. MAGALHÃES, T.A.L. Responsabilidade civil dos médicos. *In*: CAHALI, Y.S. **Responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1984. p.319.
81. MANUCCI, D.D. Como identificar uma relação de consumo. **Jus Navegandi**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 03 jun. 2002.
82. MARINONI, L.G. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.50
83. MARQUES, C.L. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.1, p.27, 1992.
84. MARQUES, J.F. **Comentários ao código de processo civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962a. v.3, p.357-8.
85. MARQUES, J.F. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962b. v.3, p. 355.
86. MARSHALL, K. Treatment of a severe class III skeletal discrepancy at an appropriate age. **Australian Orthodontic Journal**, Brisbane, v.16, n.2, p.108-114, July 2000.

87. MARTINS, P.B. **Comentários ao código de processo civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v.3, tomo 1.
88. MARTON, G. **Les fondements de la responsabilité civile**. Paris: [s.n.], 1938. *Apud* DIAS, J.A. *Op. cit.* Ref. 40.
89. MATOS, C. O ônus da prova no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.11, p.161, 1994.
90. MATTHEWS, R. *et al.* The efficacy of local anaesthetics administered by general dental practitioners. **British Dental Journal**, London, v.182, n.5, p.175-178, Mar. 1997.
91. MATTOS, S.L.W. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.41-2, 49.
92. MAZEAUD, L.; TUNC, A. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delitual y contratual**. Buenos Aires: EJEA, 1977. p.431-2.
93. MENEGALE, J.G. Responsabilidade profissional do cirurgião dentista. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.80, p.55-60, out. 1939. *Apud* DIAS, J.A. *Op. cit.* Ref. 40.
94. MICHELLI, G.A. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: EJEA, 1961.
95. MONTEIRO, W.B. **Curso de direito civil**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.4, p.24.
96. MOREIRA, C.R.B. A defesa do consumidor em juízo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.5, p.190, 1993.

97. MOREIRA, C.R.B. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *In*: MOREIRA, J.C.B. (Org.) **Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.135.
98. NAQVI, A. Oral midazolam in pediatric dentistry. **Middle East Journal of Anesthesiology**, Beirut, v.13, n.4, p.427-440, Feb. 1996.
99. NERY JÚNIOR, N. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.1, p.213, 1992a.
100. NERY JÚNIOR, N. Da proteção contratual. *In*: GRINOVER, A.P. *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999a. p.914.
101. NERY JÚNIOR, N. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.3, p.47, 50, 57, 59-60, 1992b.
102. NERY JÚNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999b.
103. NOGUEIRA, T.L.T. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.10, p.59, 1993.
104. OLIVEIRA, M.L.L. **Responsabilidade civil odontológica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

105. OLIVEIRA FILHO, G.R.; PEDERNEIRAS, S.G.; GARCIA, J.H.S. Uso da soma cumulative dos desvios para avaliação da proficiência no ensino do bloqueio subaracnóideo. **Revista Brasileira de Anestesiologia**, Rio de Janeiro, v.51, n.3, p.208-217, maio/jun. 2001.
106. OLSTAD, O.A.; SKJELBRED, P.; LYBERG, T. Reconstruction of the jaw and oral cavity with free vascularized grafts. **Tidsskrift for den Norske Laegeforening**, Oslo, v.116, n.20, p.2431-2435, Aug. 1996.
107. ORTEGA Y GASSET, J. **La rebelion de las masas**. 30.ed. Madrid: Revista de Occidente, 1956.
108. PAIVA, J.G., ANTONIAZZI, J.M. **Endodontia Bases para a prática clínica**. São Paulo: Artes Médicas, 1982. p.68-75.
109. PASSOS, J.J.C. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.12.
110. PATARO, O. **Medicina legal e prática forense**. Rio de Janeiro, Saraiva, 1976.
111. PEIXOTO, P.M. **Vocabulário jurídico paumape**. São Paulo: Paumape, 1993. p.238.
112. PEREIRA, C.M.S. **Lesão nos contratos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p.220.
113. POLLONI, S. *et al.* Raspagem subgengival ou com acesso cirúrgico em bolsas rasas e profundas. **Revista Brasileira de Odontologia**, Rio de Janeiro, v.52, n.6, p.27-30, nov./dez. 1995.
114. PRUX, O.I. **Responsabilidade civil do profissional liberal no código de Defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

115. PRUX, O.I. Um novo enfoque quanto à responsabilidade civil do profissional liberal. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.19, p.229, 1996.
116. QUEST CONSULTORIA E TREINAMENTO. **Responsabilidade civil**: guia prático para dentistas, médicos e profissionais da saúde. São Paulo: Quest, 1998. *Apud* ANTUNES, F.C.M.; DARUGE, E.; DARUGE JUNIOR, E. *Op. cit.* Ref. 4.
117. REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p.23-5.
118. RODRIGUES, M.A. **Elementos de direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1.
119. RODRIQUES, M.A. **Sanções administrativas no CDC**. São Paulo, 1995. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
120. ROMANELLO NETO, J. **Responsabilidade civil dos médicos**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. p.14.
121. ROSEMBERG, L. **Tratado de derecho procesal civil**. Trad. de Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJEJA, 1955. Tomo 1.
122. ROULET, J.F. Longevity of glass ceramic inlays and amalgam-results up to 6 years. **Clinical Oral Investigations**, Berlin, v.1, n.1, p.40-46, Feb. 1997.
123. SANTOS, M.A. **Prova judiciária no cível e no comercial**. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1983. v.2
124. SANTOS, N.R.D. **Responsabilidade civil na defesa dos direitos individuais do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.15.

125. SATTA, S. **Diritto processuale civile**. 13.ed. Padova: Cedam, 2000. p.183.
126. SÉLLOS, V.C. Responsabilidade do profissional liberal pelo fato do serviço no código de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.10, p.144-54, 1994.
127. SHIBAHARA, T.; ALBERDAS, J.L.; NOMA, H. Microvascular anastomosis in oral and maxillofacial surgery: a comparative study of recipient artery between Japanese and German patients. **The Bulletin of Tokyo Dental College**, Tokyo, v.39, n.4, p.267-274, Nov. 1998.
128. SILVA, O.J.P. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v.3, p.467.
129. SILVA FILHO, A.M. **Responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço**. In: RT 666/41. São Paulo: RT, 1991. *Apud* SÉLLOS, V.C. *Op. cit.* Ref. 126.
130. SMITH, G.N.; WALTON, R.E.; ABBOTT, B.J. Clinical evaluation of periodontal ligament anesthesia using a pressure syringe. **The Journal of the American Dental Association**, Chicago, v.107, n.6, p.953-956, Dec. 1983.
131. TOMMAZINO, M. Supunti attuali in tema di responsabilita penale e civile del médico. **Min Medicolegale**, v.110, n.1, p.37-41, 1990. *Apud* FRANÇA, B.H.S. *Op. cit.* Ref. 55.
132. VAL, O.M. Responsabilidade por vícios do produto e do serviço: do código civil ao código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.13, p.63, 1995.

133. VANHERLE, G.; LAMBRECHTS, P.; BRAEM, M. An evaluation of different adhesive restorations in cervical lesions. **The Journal of Prosthetic Dentistry**, Saint Louis, v.65, n.3, p.341-347, Mar. 1991.
134. VARELA, J.M.A. **Das obrigações em geral**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1982. v.1, p.485.
135. WAIKAKUL, A.; PUNWUTIKORN, J. A comparative study of the extra-intraoral landmark technique and the direct technique for inferior alveolar nerve block. **Journal of Oral and Maxillofacial Surgery**, Philadelphia, v.49, n.8, p.804-808, Aug. 1991.
136. WALTON, R.E.; ABBOTT, B.J. Periodontal ligament injection: a clinical evaluation. **The Journal of the American Dental Association**, Chicago, v.103, n.4, p.571-575, Oct. 1981.
137. WATANABE, K. Das ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. *In*: GRINOVER, A.P. *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. cap.3.
138. WEINE, F.S. Nonsurgical re-treatment of endodontic failures. **The Compendium of Continuing Education in Dentistry**, Jamesburg, v.16, n.3, p.324-335, Mar. 1995.
139. WIDMARK, G. *et al.* Rehabilitation of patients with severely resorbed maxillae by means of implants with or without bone grafts: a 3- to 5-year follow-up clinical report. **The International Journal of Oral & Maxillofacial Implants**, Lombard, v.16, n.1, p.73-79, Jan. 2001.

ANEXOS

Modelo de carta enviada aos cirurgiões-dentistas

Prezado colega cirurgião-dentista,

Antecipadamente agradecemos pela sua atenção e pelo seu tempo.

Aproveitamos para pedir desculpas por nos dirigirmos à V.S.^a de tal maneira. Entretanto, cremos estar colaborando com o exercício de nossa profissão e com nossa classe profissional ao inquiri-lo.

Em anexo encaminhamos um questionário, parte integrante da dissertação intitulada: "Odontologia - Obrigação de Meio ou de Resultado? A realidade atual no Espírito Santo" que está sendo desenvolvida por mim, junto à Faculdade de Odontologia de Piracicaba(UNICAMP-SP) na área de Odontologia Legal.

Em vista da impossibilidade de atingirmos todos os 3600 profissionais que exercem a profissão no Espírito Santo, adotamos um processo de formação de uma amostra estratificada na qual V.S.^a foi aleatoriamente incluído.

Neste estudo por amostragem estamos encaminhando apenas 360 correspondências, as quais, caso tenhamos sucesso, representarão todos os 3600 profissionais. Sendo assim, cada formulário não respondido, de maneira simplista, implicará na teórica não representação de 10 profissionais.

O assunto do qual trata a pesquisa é de grande importância no dia-a-dia dos profissionais da área de odontologia, profissionais estes, que podem estar sujeitos a processos em decorrência de sua atividade.

Conhecer o efetivo grau de esclarecimento dos profissionais da odontologia a respeito de seus direitos e deveres profissionais, sob a ótica legal, é nosso objetivo. Sua resposta é imprescindível para que tenhamos uma amostra confiável e representativa do conhecimento de todos os cirurgiões dentistas do estado.

Garantimos o completo sigilo de sua participação no presente estudo. Seu questionário não está identificado.

Para cumprir o protocolo legal de pesquisa do Conselho Nacional de Saúde (Resolução 196/96) segue também em anexo, separado do questionário para garantir sigilo, o "Termo de Consentimento Livre e Esclarecido" que você deve preencher e assinar. Peço que após preenchê-lo, junte-o ao questionário e me envie através do envelope selado em anexo.

Em caso de dúvidas não hesite em nos contatar, pois esperamos que as respostas sejam o retrato fiel do assunto em estudo. Se necessário ligue(pode ser a cobrar) para 0XX27-3329-4564.

Esta pesquisa conta com a colaboração do CRO-ES.
Desde já agradecido

Sérgio Augusto Lima Soares.
CRO-ES 1628

Modelo de questionário respondido pelos cirurgiões-dentistas

Caracterização da amostra

1.1. Assinale seu sexo

Masculino

Feminino

1.2. Assinale dentre as opções em que locais você atua

Serviço Público (Municipal, Estadual, Federal).

Serviços Privados (Clínicas, Planos de Saúde, Entidades Assistências....).

Consultório Particular.

Outros Locais. Quais?

1.3. Assinale 'X' no quadro à esquerda de suas especialidades/procedimentos de seu domínio (Pode anotar mais de uma especialidade/ procedimento de seu domínio).

Endodontia

Periodontia

Ortodontia

Odontopediatria

Implantodontia

Radiologia

Odontologia legal

Odontologia preventiva

Odontologia em saúde coletiva (social)

Cirurgia buco-maxilo-facial

Dentística

Prótese

Prótese sobre implante

Odontologia cosmética

Patologia bucal

Outras especialidades

Quais:

1.4. Em que ano você se formou?

1.5. Que tipo de faculdade melhor descreve a natureza da instituição na qual você estudou?

Pública – Não eram pagas mensalidades

Particular – Eram pagas mensalidades

1.6. Acha importante ter conhecimento a respeito de responsabilidade profissional ligada a sua atividade?

Sim

Não

1.7. Fez algum curso sobre responsabilidade profissional nos últimos 3 anos ?

Sim

Não

1.8. Em seu curso de graduação você teve a disciplina de Odontologia Legal?

Sim

Não

1. As questões que abaixo, querem definir qual é o entendimento da classe odontológica com relação a obrigação civil do cirurgião-dentista pelos seus serviços. Assinale M, R ou NS nos quadros à esquerda de cada especialidade/procedimento. " M " deve ser anotado se entender se tratar de uma obrigação de MEIO, " R " se entender se tratar de uma obrigação de RESULTADO e " NS " quando NÃO SOUBER responder.

Restaurações não estéticas. Ex.: AAG, RMF,...

Restaurações estéticas. Ex. Resinas, porcelanas,...

Radiologia

Prótese fixa convencional

Prótese fixa adesiva

Prótese removível e total

Laudos periciais, pareceres, atestados e receitas

Tratamento expectante (direto e indireto)

Biopulpectomia / Biopulpotomia

Necropulpectomia

Retratamento endodôntico

Tratamento de reabsorções (interna, externa, perdas ósseas)

Tratamento de periodontopatias

Tartarotomia, polimento dentário, flúor tópico

Exodontia

Cirurgia buco-maxilo-facial (incluindo propedêutica e terapêutica de tumores e enucleação de

Implantodontia

Odontologia social e preventiva (incluindo orientação de higiene bucal, manutenção de saúde bucal, fluoretação endógena

Urgência odontológica

Ortodontia corretiva

Ortodontia interceptativa

Ortodontia preventiva

Modelo de ofício encaminhado o CRO-ES

Exm. Sr. Dr. Presidente do Conselho Regional de Odontologia- Espírito Santo

Sérgio Augusto Lima Soares, brasileiro, casado, cirurgião dentista regularmente inscrito nesta regional sob o número 1628, residente e domiciliado em Vila Velha na Rua Ameixeiras nº10, vem mui respeitosamente solicitar as informações contidas no anexo I deste pelos fatos e motivos que se seguem.

Tendo em vista a aparência de um elevado grau de demandas de responsabilização profissional envolvendo o cirurgião dentista, no polo passivo da ação, na atualidade, estou desenvolvendo um trabalho de dissertação de mestrado junto a FOP-UNICAMP/SP, onde estou regularmente matriculado (doc. 1). O tema será "Odontologia - Obrigação de meio ou de resultado? A realidade atual no Espírito Santo".

Este trabalho envolverá pesquisa a nível de Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Conselho Regional de Odontologia-ES, e entre cirurgiões dentistas com inscrição nesta regional. A finalidade será apurar a realidade atual em que se encontra a classe odontológica analisando estatisticamente quantos processos éticos provavelmente evoluíram para demanda judicial nos últimos anos e ainda como foi considerada a obrigação do cirurgião dentista, como de meios ou de resultados.

O trabalho também terá como objetivo conscientizar e informar os profissionais os riscos a que estamos expostos frente aos altos valores de indenização por responsabilidade civil profissional que vem num crescendo em todo mundo.

Registre-se que no trabalho não haverá divulgação de qualquer informação que torne possível a identificação de profissional que eventualmente esteja ou esteve envolvido em qualquer demanda, seja administrativamente seja judicialmente. Somente números estatísticos serão importantes. Por esta razão os dados que solicito deveram estar revestidos de oficialidade porém sem individualização.

Somente com a nossa participação, envolvimento e comprometimento podemos colaborar para o avanço da odontologia como ciência.

Pelos fatos expostos anteriormente espero contar com a colaboração deste regional, ao qual faço parte, para que se torne possível o desafio.

Nestes termos

Peço e espero deferimento

Vitória(ES), de de .

CD-Sérgio Augusto Lima Soares.
CRO-ES 1628

Modelo de questionário respondido pelo CRO-ES

1) Quantas denúncias de erro profissional, contra cirurgiões-dentistas foram protocoladas no CRO-ES nos anos abaixo?

1996-.....
1997-.....1998-.....
1999-.....2000-.....

2) Quantas denúncias, contra cirurgiões-dentistas evoluíram para sindicância nos anos abaixo?

1996-.....
1997-.....1998-.....
1999-.....2000-.....

3) Quantas denúncias contra cirurgiões-dentistas evoluíram para processo ético disciplinar nos anos abaixo?

1996-.....
1997-.....1998-.....
1999-.....2000-.....

4) Nos anos abaixo quantos processos éticos disciplinares foram julgados?

1996-.....
1997-.....1998-.....
1999-.....2000-.....

5) Nos anos abaixo quantos cirurgiões-dentistas foram considerados culpados(penalizados de alguma forma) e quantos considerados absolvidos?

1996-absolvidos.....;
-culpados.....
1997-absolvidos.....;
-culpados.....

1998-absolvidos.....;
-culpados.....
1999-absolvidos.....;
-culpados.....
2000-absolvidos.....;
-culpados.....

6) Dos cirurgiões-dentistas considerados culpados quantos receberam as penas de:

Advertência reservada; 1996-.....; 1997-.....;
..... 1998-.....; 1999-.....; 2000-.....;

Censura pública; 1996-.....; 1997-.....;
1998-.....; 1999-.....; 2000-.....;

Suspensão do exercício profissional; 1996-.....;
. 1997-.....; 1998-
.....;
.....; 2000-.....;

Cassação do exercício profissional; 1996-.....;
. 1997-.....; 1998-.....;
. 1999-.....; 2000-
.....;

7) Quais as especialidades mais envolvidas?

1º-.....
2º-.....
3º-.....
4º-.....
5º-.....

8) Quantos destes processos éticos estão sem trânsito em julgado?

R-.....

9) Quantos cirurgiões-dentistas recorreram ao CFO?

R-.....

10) Quantas decisões do CRO-ES foram reformadas pelo CFO?

R-.....

11) Quanto aos julgamentos referentes a questão 05, em quantos foi entendida a obrigação do cirurgião-dentista como sendo de meios e quantos como resultados?

1996- Meio.....Resultado.....

1997- MeioResultado.....; 1998- Meio.....Resultado.....

1999- MeioResultado.....; 2000- Meio.....Resultado.....