

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ODONTÓLOGO

Mauricio Kenji Yonemoto

PRESIDENTE PRUDENTE/SP
2013

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ODONTÓLOGO

Mauricio Kenji Yonemoto

Monografia como requisito parcial para
conclusão do Curso de Especialização em
Direito Civil sob a orientação do prof.
Doutorando Gilberto Notário Ligeiro.

PRESIDENTE PRUDENTE/SP
2013

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ODONTÓLOGO

Monografia como requisito parcial para
conclusão do Curso de Especialização em
Direito Civil.

GILBERTO NORÁTIO LIGEIRO

EXAMINADOR 1

EXAMINADOR 2

PRESIDENTE PRUDENTE/SP, janeiro de 2013

Dedico este trabalho a Deus e minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela força nos momentos mais difíceis de minha vida.

Agradeço a meu ilustre orientador, Gilberto Notário Ligeiro, por sua amizade e empenho.

Agradeço à minha família, minha esposa Janaína, meus filhos Letícia e Arthur, pois são o motivo de meu esforço.

Agradeço à Associação Educacional Toledo pela confiança e, em especial, ao Dr. Sérgio Tibiriçã Amaral, pela amizade, paciência e empenho comigo.

Agradeço a meus amigos que sempre me apoiaram, Alaércio Cardoso, Renato Diniz Tótola e Marcione Pereira dos Santos.

Por fim, agradeço a todos os que sempre acreditaram em mim.

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise da responsabilidade civil do odontólogo, identificando-o como profissional liberal e integrante da área de saúde, com uma análise dos elementos da responsabilidade civil e do Código de Defesa do Consumidor, para poder chegar-se a uma perfeita caracterização de sua incidência, porquanto se revela necessário uma adequação de conceitos a fim de que os profissionais da área de saúde não fiquem como isentos de responsabilização, como era o entendimento arcaico, mas também, evitando-se uma responsabilização absoluta, o que faria com que houvesse uma inviabilidade da atividade. Toma-se a preocupação especial de analisar a sua atividade como obrigação de meio ou de resultados, a fim de adequar a real aplicação deste conceito como forma de orientação para sua incidência.

Palavras chave: Responsabilidade Civil. Código de Defesa do Consumidor. Profissional Liberal. Odontólogo. Obrigação de meio e de resultado.

ABSTRACT

This paper analyzes the liability of the dentist, identifying him as liberal and professional integrated health care, with an analysis of the elements of liability and the Consumer Protection Code, in order to arrive at a perfect characterization its incidence, because it is necessary to adequacy of concepts so that health professionals are not exempt as accountability, as was the archaic understanding, but also avoiding absolute accountability, which would cause there was an unviable activity. It has taken particular care to examine its activity as a way obligation or results in order to suit the actual application of this concept as a way to guide its incidence.

Keywords: Liability. Code of Consumer Protection. Professional Liberal. Dentist. Obligation of means and result.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1. CONSIDERAÇÕES GERAIS	19
1.1. Fundamentos da Responsabilidade Civil	19
1.2. Elementos que Integram a Responsabilidade Civil	25
1.2.1. Conduta	26
1.2.2. Dano	28
1.2.3. Nexo de Causalidade	32
1.2.4. Culpa	37
1.2.5. Imputabilidade	40
1.3. Classificação da Responsabilidade	44
1.3.1. Responsabilidade Objetiva e Subjetiva	45
1.3.2. Responsabilidade Contratual e Extracontratual	49
2. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL LIBERAL	53
2.2. Conceitos Fundamentais	59
2.2.1. Consumidor	59
2.2.2. Fornecedor	63
2.2.3. Produto	65
2.2.4. Serviço	66
2.2.5. Relação de Consumo	68
2.2.6. Profissional Liberal	69
2.3. Responsabilidade Subjetiva do Profissional Liberal	74
2.4. Implicações da Exceção do art. 14, § 4º	79
3. PROFISSIONAIS LIBERAIS DA ÁREA DA SAÚDE	82
3.1. Campo de Atuação e Importância	82
3.2. Deveres do Profissional Médico	84
3.2.1. Conselhos	86
3.2.2. Cuidados	88
3.2.3. Evitar Prática de Abusos	93
3.3. Natureza da Prestação de Serviços	94
3.3.1 Contratual e Extracontratual	94

3.4. Responsabilidade Civil por Atos Próprios e de Terceiros.....	97
4. OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO	99
4.1. Conceito	99
4.2. Importância da distinção.....	101
4.3. Aplicação nas Atividades de Saúde	102
5. ATIVIDADE ODONTOLÓGICA.....	106
5.1. História da Odontologia	107
5.2. O Odontólogo e a Área de Saúde	108
5.3. Avanço Científico.....	111
5.4. Incidência da Responsabilidade Civil	112
CONCLUSÕES	115
BIBLIOGRAFIA.....	119
ANEXO.....	126

INTRODUÇÃO

Através do presente trabalho foi feita uma análise da responsabilidade civil do profissional odontólogo, que, em realidade, não é uma espécie diferente de profissional liberal da área da saúde, tema que tem despertado muita confusão em face de um mau entendimento da atividade ligada à saúde e um equivocado pressuposto de responsabilidade.

Por meio de uma análise indutiva, foi feita uma revisão bibliográfica sobre a responsabilidade civil e o Código de Defesa do Consumidor, bem como da atividade da saúde (sendo importante analisar-se que a maior parte da literatura existente dão conta da atividade médica, que, por analogia, aplica-se também à atividade odontológica).

A redação foi feita com o sistema de notas de rodapé para dar uma maior clareza na redação, sendo que todas as informações secundárias ou observações do autor foram deslocadas para aquele local a fim de não atravancar a continuidade da leitura.

Foi feita uma análise da responsabilidade civil e seus elementos, bem como dos conceitos fundamentais para a responsabilidade civil do profissional liberal, para, somente então, poder adentrar-se à atividade ao tema da questão, ou seja, a atividade odontológica como parte da atividade ligada à saúde.

Procurou-se dar ênfase, em especial, à equivocada análise da atividade da obrigação de meio e resultado, que foi difundida por Demogue, mas que, por distorções de sua interpretação e aplicação, vem sendo utilizada com uma confusão muito grande, que, na verdade, mais se aproxima do conceito de contratos de prestação de serviços e empreitada.

Desta forma, estabelecida a real aplicação dos conceitos de obrigações de meio e de resultado e sua efetiva aplicação no sistema jurídico, pode-

se chegar ao entendimento correto da atividade odontológica e a incidência da responsabilidade civil diante de sua profissão, análise esta que se faz importante para toda a área da saúde.

Com isso, buscou-se realinhar da responsabilidade civil dos profissionais da área da saúde a uma nova situação, não mais de um revanchismo que marcou o início da conceituação, e tão pouco da condição mística de completa irresponsabilidade que vigia em tempos de outrora.

Mauricio Kenji Yonemoto

Capítulo 1

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

1.1. Fundamentos da Responsabilidade Civil

Ao se iniciar o estudo sobre o Direito, evidencia-se que o mesmo serve para regular o convívio social, para solucionar os problemas da vida em sociedade. Um dos maiores problemas que encontramos na atualidade (e que ganha cada vez mais importância) é a responsabilidade civil¹. Por isso, muito feliz foi ANTONIO CHAVES², quando lembra o autor que seria uma simples utopia imaginar que um grupo, vivendo em comunidade, e, em contato constante com outros grupos, inexistisse qualquer violação ao direito de outro(s), cuja consequência seria ocasionar um prejuízo ao direito de outrem. Referido prejuízo poderia ser oriundo de um ato intencional (doloso), simplesmente derivado de culpa (*stricto sensu*), ou mesmo decorrente de atos lícitos³. Desta conduta, que causa danos, surge o dever de repará-los⁴.

A reparação dos danos experimentados em decorrência da atividade de outrem, é uma forma de tentar re-equilibrar a situação causada à esfera da

¹ MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES (*Curso de Direito Civil*, v. V, p. 167), ressaltando a importância do tema, lembra as palavras de MAZEAUD & MAZEAUD, para quem *a responsabilidade é a grande "vedette" do Direito Civil mundial, tendo o primado onde quer que se encontre*. No mesmo sentido, JOSÉ DE AGUIAR DIAS (*Da Responsabilidade Civil*, v. I, p. 2), para quem a responsabilidade não é um fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social.

² CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*, v. 3, p. 1-2.

³ Como exemplo de atos lícitos, podemos citar o art. 160, II, do CCb, ou mesmo os casos de responsabilidade objetiva, onde, embora seja lícita a atividade do agente, ficará responsável pelos danos que sua atividade puder acarretar.

⁴ JOSÉ DE AGUIAR DIAS, fundado nas lições de MARTON, esclarece que por isso, a responsabilidade fica sendo a situação daquele que, tendo violado uma norma ou obrigação, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes desta violação, através de medidas que a autoridade lhe impuser (op. cit., p. 3). No entanto, equivoca-se MARTON que traduz a consequência em perdas e danos. Tal concepção não é correta, pois a responsabilidade civil pretende tutelar à vítima, de forma que volte ao *statu quo ante*, pelo que, poderá ser feito tanto *in natura*, como em dinheiro, ou seja, pelo equivalente. Nosso ordenamento prevê, no art. 1534 do CCb, que se a obrigação não puder ser prestada na espécie ajustada substituir-se-á em moeda corrente. FRANCISCO AMARAL (*Direito Civil*, p. 540), com maior precisão, esclarece que *a existência do dano dá ao lesado o direito de exigir a respectiva reparação, que pode ser a reconstituição do statu quo anterior (sanção direta) ou uma indenização (sanção indireta)*.

vítima, derivada da máxima *neminem laedere*.⁵ JOSÉ DE AGUIAR DIAS⁶ ressalta que é a inobservância deste dever, caracterizada pela violação de uma norma ou uma obrigação, que se faz relevante para o direito.⁷

Sob o ponto de vista histórico, os danos causados à esfera de interesses de outrem, inicialmente, acarretavam uma repercussão que poderia ser reconhecida como de natureza penal (ou seja, eminentemente punitiva)⁸, deixada a cargo da vítima e/ou de seus familiares sobre o infrator, refletindo a todos do seu grupo. Foi a fase da vingança privada coletiva (só mais tarde é que veio surgir a individualização desta pena, que incidiria, então, somente sobre a pessoa do infrator).⁹

SERPA LOPES¹⁰, fundado em F. VISSCHER, observa que, numa fase inicial da responsabilidade, a questão subjetiva (animus) era absolutamente irrelevante, não se perquirindo sobre a voluntariedade ou não do ato, mas com uma análise puramente objetiva de re-equilibrar o grupo do mal sofrido.

WILSON MELO DA SILVA assim descreve esta fase:

⁵ STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 53. Sobre este dever de não causar males a outrem, RUBÉN S. STIGLITZ (*La Obligación Precontractual Y Contractual de Información. El Deber de Consejo*, RDC nº 22, p. 11) *En una clasificación de la conducta debida, Betti distingue entre el obrar negativo en la máxima alterum nom laedere y conduce a exigir un comportamiento de respeto y conservación de la esfera de interés ajeno, y obrar positivo que impone una activa colaboración con los demás, encaminada a promover su interés. En el marco del derecho de las obligaciones podríamos expresarlo como interés en la intergridad de la propia esfera jurídica y que parece mejor satisfacerse mediante una conducta negativa, consistente en abstenerse de lesionar la esfera de intereses de la otra parte contratante.*

⁶ DIAS, José de Aguiar. *Op. Cit.*, p. 3.

⁷ GEORGE RIPERT (*A Regra Moral nas Obrigações Civis*, p. 368), reconhecendo esta obrigação como uma obrigação moral tutelada pelo Direito, escreve: *Mas, por mais geral que seja esse princípio, foi preciso dar-lhe uma organização técnica. Não podendo entrar na análise dos sentimentos, bem seguir até ao infinito a repercussão dos atos, desejosos também de dar uma certa liberdade às iniciativas, o direito criou regras precisas que limitam o exercício da ação de responsabilidade. Para além destas regras, subsiste o dever de cons de reparar o prejuízo causado. Perguntar-se se existe uma obrigação natural de o fazer é uma questão que não se pode comportar uma resposta.*

⁸ Muito embora JOÃO CASILLO, em sua obra *Dano à Pessoa e sua Indenização*, p. 30, relate a mais antiga forma de reparação de dano, não de forma vingativa, mas indenizatória, como sendo a da tábuca de Nippur, datada de 2.050, a.C.

⁹ JOHN GUILISSEN, esclarece que esta fase de vingança privada persistiu por muito tempo, dominando a Europa ocidental até os séculos XII e XII, desaparecendo de forma muito lenta, havendo resquícios até os séculos XVI e XVII. Quanto à responsabilidade individual, esta aparece no chamado direito penal das cidades, a partir do século XII, mas desenvolve-se numa forma mais ampla, a partir dos séculos XIII e XIV. *In GUILISSEN, John. Introdução Histórica ao Estudo do Direito*, p. 752.

¹⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Curso de Direito Civil*, v. 5, p. 163.

... de início, na aurora da civilização, todo dano provocava, de imediato, a reação brutal por parte da vítima.

A reparação se materializava na forra, que era, por bem dizer, instintiva e reflexa.

Quem lesava contava com a reação desordenada do ofendido. Não havia, na reação, nem regras, nem preceitos limitadores.

Era a eclosão do primarismo do homem bárbaro a atuar sem peias, no automatismo da reação desmedida, no golpe pelo golpe, tal como sucede com a criança que bate na árvore, no pau ou na pedra que a molesta ou machuca, como escreveu Cunha Gonçalves.

Que esse foi o primeiro estágio, ou a primeira forma do desagravo no seio dos homens primitivos. Não se cogita aí de nenhuma idéia de culpa ou de não-culpa por parte do autor do dano.

*Pune-se apenas porque se foi lesado, e isso de modo animalesco, instintivo, automático.*¹¹

Importante momento se deu quando a vingança passou a se dar sobre o patrimônio do indivíduo (embora ainda com caráter de vingança, pois não se diferenciava entre pena e reparação, e sem distinção quanto à presença de culpa na conduta do agente), fato este encontrado nas tábuas de Ur-Nammu e na Lei da XII Tábuas. Como assevera WILSON MELO DA SILVA:

A vindita, porém, gera vindita. E o homem mais experimentado acaba por descobrir, utilitariamente, aliás, que, às vezes, seu sentimento de vingança também se aplaca em face da compensação econômica.

*E é quando, então, vai à frente. O ouro pode substituir o sangue. E agora, em lugar dos membros do corpo, persegue o dinheiro.*¹²

Quando, em um momento ulterior, deu-se à cisão do entendimento de responsabilidade, originando a divisão em responsabilidade civil e penal, ficou a cargo da primeira a reparação do dano, ou seja, a recomposição do prejuízo causado ao patrimônio alheio, e à segunda, a punição, o castigo pelo ato delituoso.

Em sede de responsabilidade civil, além da responsabilidade por descumprimento de um contrato, muito comum passou a ser a mesma obrigação decorrente de um ato (ou fato), imputável a um indivíduo, sendo que um elemento passou a ser preponderante e ganhar muito mais relevância a partir do trabalho dos

¹¹ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade Sem Culpa*, p. 14-15.

¹² Idem, p. 15.

compiladores justinianeus¹³, a culpa, gerando o que hoje é conhecido como ato ilícito.¹⁴

É a chamada responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, que impõe a responsabilidade em reparar o dano, por força de seu ato ilícito, embora se reconheça que poderá haver responsabilidade civil mesmo em atos lícitos, mas sempre como decorrência de uma previsão legal, como poderia ser citado o caso da regra do art. 930, do CCb. Neste sentido, MÁRIO MOACYR PORTO destaca que *no Direito brasileiro a responsabilidade civil funda-se na culpa provada ou presumida, salvo as exceções previstas em lei.*¹⁵

Deste ato danoso provocado por alguém, decorrente de contrato ou outro ato humano (como visto, ainda que lícito), e que venha a causar o dano, poderá incidir a obrigação de repará-lo, e, daí, a idéia de responsabilidade, que, como foi conceituado por ZANOBINI, *serve para indicar a situação toda especial daquele que, por qualquer título, deva arcar com as conseqüências de um fato danoso.*¹⁶

A tendência conservadora e tradicional do direito é a de impor o dever de reparar o dano a seu comitente ou àquele que possa ser imputado este dever, mas só quando se lhe pudesse imputar alguma atividade reprovável e contrária ao direito, daí a constante idéia de culpa, que, ainda hoje, está muito arraigada à noção

¹³ Embora seja comum consagrar a responsabilidade subjetiva à *Lex Aquilia*, MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES (op. cit. p. 163-164), esclarece que foi muito depois desta lei que surgiu a noção de culpa, pois a *Lex Aquilia*, tratava da idéia de *iniuria*, que se tratava da condição daquele que provocava um dano sem direito de fazê-lo, como seria o caso da morte de um escravo, pego em flagrante-delito de roubo, uma noção muito distante da idéia de culpa. No mesmo sentido, WILSON MELO DA SILVA (op. cit., p. 18), que a reconhece como fruto muito mais do direito pretório e da jurisprudência.

¹⁴ Idéia de reparação de danos por atos ilícitos pode ser encontrada em diversos ordenamentos, como é o caso do **art. 186, do CCb**, que estabelece que *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*. No mesmo sentido, poderiam ser citados o **art. 1.382, do Código Civil francês** (*Todo ato, qualquer que ele seja, de um homem causar a outrem um dano, obriga aquele por culpa do qual veio ele a acontecer, a reparar o dano*), ou o **art. 483, do Código Civil português** (*Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem, ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios, fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultante da violação*). De forma básica, praticamente todos os ordenamentos jurídicos atuais detêm norma de conteúdo semelhante.

¹⁵ PORTO, Mário Moacyr. *O Ocaso da Culpa como Fundamento da Responsabilidade Civil*, in RT 617, p. 20.

¹⁶ *apud* STOCO, Rui, ob. cit., p. 49-50.

de responsabilidade civil.¹⁷ Talvez por isso é que a culpa venha sendo, tradicionalmente, apontada com o fundamento da responsabilidade civil.

MÁRIO MOACYR PORTO explica que:

Há muito tempo que a culpa, ou, melhor, a avaliação dos fatores subjetivos que conduzem o agente à prática do ato lesivo, é condição indeclinável para a caracterização do dever de indenizar. É uma noção ou “verdade” aparentemente irreplicável, pois se basearia na regra moral de que, se culpa, sem a comprovação de um comportamento reprovável, a condenação do agente inocente aberraria dos princípios fundamentais da Ética. Assim na Terra como no Céu.¹⁸

Mas, vincular a reparação à existência de culpa na conduta do agente causador vem, cada vez mais, sendo criticada, como insuficiente para necessidade social. Já por ocasião da elaboração do Código Civil, CLÓVIS BEVILÁQUA apresentava solução diversa, impondo o dever de indenizar a quem violar direito ou causar prejuízo a outrem, sem qualquer vinculação à idéia de culpa, pois, para o jurista, fez obscura a noção de reparação. Isto sem falar na posição da vítima, que, também inocente, sofre a perda patrimonial pela conduta (no caso, não culposa), do agente. MÁRIO MOACYR PORTO ressalta:

O reparo enseja uma observação inspirada no mesmo raciocínio. E é justo, razoável, eqüitativo, impor à vítima do dano, igualmente inocente, o ônus de suportar sozinha as conseqüências de um dano causado por outrem? Em que princípio moral ou regra jurídica se apoiaria a opção favorável ao autor do dano? Em caso de reciprocidade de culpas, partilha-se o prejuízo. É a regra, sancionada pela jurisprudência. E por que, no caso de incorrência de culpas, o prejuízo deverá ser carregado todo inteiro à vítima? Responsável é quem assume o ônus da reparação. A vítima inocente, no caso, seria responsável em relação a si mesma? Não se trata de um jogo de palavras, um sibilino exercício de juristas em disponibilidade intelectual, mas do fundamento mesmo da responsabilidade.¹⁹

¹⁷ Mesmo na responsabilidade indireta, como nas hipóteses de responsabilidade civil pelo ato de outrem, ou pelo fato da coisa ou do animal, haveria de se entender que há culpa por parte do responsável indireto, por falta de um dever que lhe era imposto, como no dever de vigilância (culpa *in vigilando*), na educação ou na instrução de empregados (*in educando* ou *in custodiendo*), no dever de custódia (*in custodiendo*), entre outros.

¹⁸ PORTO, Mário Moacyr. Op. cit., p. 20.

¹⁹ Idem, p. 21.

No mesmo sentido, WILSON MELO DA SILVA se indaga se *a vítima deverá ser abandonada à sua própria sorte na ausência de qualquer parcela de culpa atribuível ao agente do dano efeito danoso, ou não?*²⁰

De forma mais atual, vem ganhando força, e tem prevalecido, o entendimento da responsabilidade civil (principalmente a extracontratual), deve ter por principal fundamento, não mais a culpa, mas o dano e sua reparabilidade, sua indenização, de forma que a principal preocupação estaria na sua indenização, sendo o elemento subjetivo secundário nesta análise²¹. Neste sentido, seria de se verificar que, por mais reprovável que fosse a conduta, mesmo que decorrente de um ato intencional (dolo), não vindo este ato a causar um mal ao patrimônio alheio, não traria repercussão em sede de responsabilidade civil²². Para o direito civil, a simples intenção não traria repercussão.²³

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ressalta o dano como elemento preponderante, valendo-se, para tanto, das lições de MAZEAUD & MAZEAUD, que assim diferenciam a responsabilidade civil da responsabilidade penal e moral:

*Pois que se trata de reparar, é preciso que haja alguma coisa a ser reparada. Eis por que, na essência, a responsabilidade civil se distingue da responsabilidade moral e da penal. A moral condena o pecado, sem se preocupar com o resultado. O direito penal, para conceituar a responsabilidade exige ao menos a externalização de um pensamento, que se traduza no domínio dos fatos, e que tenha havido o que se denomina m começo de execução.*²⁴

Quanto a esta mudança do fundamento, ANTONIO LINDEMBERG C. MONTENEGRO é incisivo:

A teoria da indenização de danos só começou a ter uma colocação em bases racionais quando os juristas constataram, após quase um século de

²⁰ SILVA, Wilson Melo. Op. cit., p. 12-13.

²¹ Até mesmo porque a repulsa ao dano é um sentimento inerente ao ser humano, daí decorrendo o tão grande interesse em sua prevenção e reparação, que, na modalidade civil, dá-se pela responsabilidade civil.

²² CARLOS ROBERTO GONÇALVES, ressalta que *o elemento culpa é dispensado em alguns casos. Os demais,; entretanto, são imprescindíveis. Não se pode falar em responsabilidade civil e dever de indenizar se não houve dano.* In *Responsabilidade Civil*, p. 391.

²³ Somente o Direito Penal é que se preocuparia com este ato, pois pune, em certos casos, a simples tentativa. Esta situação, no entanto, não encontra paralelo em sede de Direito Civil.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 38.

estéreis discussões em torno da culpa, que o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil devia-se buscar na quebra do equilíbrio econômico jurídico provocado pelo dano.

A partir daí a tese de YHERING de que a obrigação de reparar nascia da culpa e não do dano (nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld) foi-se desmoronando paulatinamente.²⁵

Por isso, a proteção do ordenamento jurídico assegura da reparação do dano pelo ato violador causado por outrem (ainda que não haja norma escrita, derivada, como visto, do princípio *neminem laedere*) é, acima de tudo, uma garantia²⁶ que o ordenamento assegura a todas as pessoas.²⁷ Deixar com que o ato violador impusesse à vítima o dever de arcar com o prejuízo, importaria em criar o caos social, por força do desequilíbrio econômico e instabilidade e insegurança jurídica que se perpetraria.

Sob esta idéia de dano como elemento preponderante e o dever de repará-lo, (em todas as atividades, mesmo as odontológicas de natureza estética), é que se estão estabelecendo teorias e, por vezes, normas mais recentes referentes à reparação dos danos, fazendo-se incidir com grande repercussão a chamada teoria do risco, onde o dever de indenizar seria inerente à própria atividade desenvolvida²⁸, deixando de ser imprescindível de perquirir, portanto, sobre a existência ou não da culpa do agente, situação atual da responsabilidade civil, e que passa a ser analisado no presente trabalho.

1.2. Elementos que Integram a Responsabilidade Civil

²⁵ MONTENEGRO, Antonio Lindembergh C. *Ressarcimento de Danos*, p. 2.

²⁶ MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES (op. cit., p. 173) destaca esta fórmula de garantia, lembrando os ensinamentos de STARCK, para quem esta obrigação de indenizar partiria da idéia da violação dos direitos de outrem, ou seja, *de que todo homem goza de uma proteção jurídica absoluta, de uma verdadeira GARANTIA contra os fatos prejudiciais de outrem.*

²⁷ ALBERTINO DANIEL DE MELO (*Estudo Sobre o Fundamento da Responsabilidade Civil*, p. 95) ressalta que hoje, tanto a culpa quanto o dever de garantia atuam como fundamento da responsabilidade civil.

²⁸ CARLOS ROBERTO GONÇALVES, escreve que *nos últimos tempos vem ganhando terreno a chamada teoria do risco que, sem substituir a teoria da culpa, sobre muitas hipóteses em que o apelo às velhas concepções tradicionais se revela insuficiente para a proteção da vítima.* Op. cit. p. 6.

Na aferição da responsabilidade civil, diferentes posições se apresentam em relação aos elementos que integram a responsabilidade civil. Tendo por fundamento o art. 186 do CCb, costumeiramente se apresentam 04 (quatro) elementos como constitutivos da responsabilidade civil, quais sejam: a *conduta* (ação ou omissão voluntária), *nexo de causalidade*, *dano* e *culpa* (que, por vezes, é substituído pelo risco).²⁹

Entretanto, optar-se-á pela inclusão de um quinto elemento, a *imputabilidade*, que se revela importante, face ao ordenamento jurídico pátrio, a fim de que surja o dever de indenizar.³⁰

1.2.1. Conduta

Para que se possa falar em responsabilidade civil, haverá de se falar em uma conduta humana exteriorizada (porquanto a simples vontade, enquanto elemento puramente interior, sem qualquer forma de exteriorização, não tem relevância para o direito), geradora de um dano. Nos dizeres de RUI STOCO *a lesão a bem jurídico cuja existência se verificará no plano normativo da culpa, está condicionada à existência, no plano naturalístico da conduta, de uma ação ou omissão que constitui a base do resultado lesivo*.³¹

Por conduta haverá de se entender a ação humana voluntária e objetivamente imputável. Voluntário, como explica FRANCISCO AMARAL³², haverá de se entender o controlável pela vontade à qual se imputa o fato, da qual detém consciência, discernimento o agente, ou seja, entende a ilicitude de sua conduta.

²⁹ Neste sentido, podemos citar, por exemplo, SILVIO DE SALVO VENOSA, *Direito Civil, v. III – Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil*, p. 498.

³⁰ Alguns autores, como CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Responsabilidade Civil*, p. 27), no entanto, optam por simplesmente 03 (três) elementos, simplesmente conduta, nexo de causalidade e dano. Tal situação se deve ao fato de que, na análise da conduta, considera, de imediato, a culpa, entendendo que somente há responsabilidade civil caso a conduta venha a ser culposa, o que, diante da responsabilidade objetiva, torna-se imprecisa, ou, no mínimo, insuficiente. De igual maneira, como a imputabilidade está diretamente ligada à própria noção de culpabilidade, como se verá no tópico 1.2.5, prefere estudá-las em conjunto. Mas, por força de um estudo e pelas conseqüências diversas que podem vir a ocasionar, optamos pelo estudo isolado de cada uma delas.

³¹ STOCO, Rui. Op. cit., p. 64.

³² AMARAL, Francisco. Op. cit., p. 533.

Engloba-se pela conduta, como preleciona o art. 186 do CCb, tanto a ação (uma conduta positiva, consistente num fazer) quanto a omissão (conduta negativa, deixar de fazer, em especial quando havia o dever de agir ou, ao menos, seria esperada). Sendo a conduta do agente fato gerador do dano, inicia-se a análise da responsabilidade civil (normalmente se entende que a conduta deve ser culposa, embora, na responsabilidade objetiva este requisito seja dispensável). Se o dano for decorrente simples de fato da natureza (força maior), não se fala em direito à reparação dos danos, caso em que a vítima sofreria todos os ônus de sua perda.

Como leciona SÉRGIO CAVALHIERI FILHO:

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever de abstenção se obtém através de um fazer. Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. Já a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma coisa devida. Vieira dizia, com absoluta propriedade, que omissão é aquilo que se faz não fazendo.³³

Na conduta positiva (ação, propriamente dita), o agente pratica um ato cuja conseqüência é um dano, enquanto, na conduta negativa (omissão), somente estará caracterizado quando o dano for conseqüência direta e imediata de alguém que *além de poder impedir o dano, estiver obrigado a evitá-lo*³⁴. O simples dever geral ou moral não é suficiente para caracterizar nexo de causalidade.³⁵ J. M. CARVALHO³⁶ SANTOS, neste sentido, ressalta que o simples dever de não evitar um dano não importa em responsabilidade, pelo que, há que se concluir que somente existiria este dever quando o sujeito, efetivamente, deixasse de fazer algo que estaria obrigado fazer e não o fez.

³³ CAVALHIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 32.

³⁴ GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 274.

³⁵ ENNECCERUS, KIPP e WOLF (*Tratado de Derecho Civil*, t. II, v. 1, p. 75-76), esclarecem que: *sólo ha lugar a responsabilidad por ese motivo cuando existiera un deber jurídico precisamente de esa persona a la ejecución del ato; el deber general de ayudar a los demás (en tanto haya que suponerlo) no es suficiente. El deber jurídico puede ser de naturaleza pública o privada y puede basarse inmediatamente en la ley o en un negocio jurídico.*

³⁶ CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. III, p. 327-328.

Por isso, como salienta ANTONIO CHAVES, *toda pessoa é responsável apenas pelas conseqüências decorrentes dos seus atos ou omissões, não se comprometendo pelo que, não ela, mas outrem, levou a efeito*³⁷, salvo se por eles devia responder.³⁸

1.2.2. Dano

O dano, na atualidade, constitui-se como o principal elemento da responsabilidade civil, uma vez que, se a responsabilidade corresponde ao dever de reparar o dano, sem a presença deste, é óbvio, nada havendo a ser reparado, não se pode cogitar de aplicação da responsabilidade civil (como visto acima, a reparação do dano pode ser entendido como o principal fundamento da responsabilidade civil, em seu estágio atual)³⁹. Como visto acima, por mais ilícita que seja a conduta, sem repercussão na esfera de interesses (interesses juridicamente tutelados) de outrem, nenhuma relevância terá para o Direito Civil e o dever de reparar o dano.

Elucidativo, portanto, é o escólio de JOÃO CASILLO, que, sobre o assunto, escreve:

*Em nossos dias, no estudo da teoria geral da responsabilidade civil, seja ela contratual, seja ela extracontratual, o elemento dano se destaca pela sua importância. Aliás, pode-se dizer que é em torno do dano que os demais temas gravitam, pois, de acordo com o posicionamento atual, ele sempre aparece como requisito fundamental e indispensável, o que já não ocorre, por exemplo, com a culpa, que, como se sabe, dia a dia, vai tendo a seu lado outras figuras como sustentáculos da responsabilidade civil.*⁴⁰

³⁷ CHAVES, Antonio. Op. cit., p. 87.

³⁸ Neste sentido, o art. 1.903 do Código Civil espanhol determina que *a obrigação que impõe o artigo anterior é exigível não somente pelos atos ou omissões próprios, como pelas daquelas pessoas por quem se deva responder*. No mesmo sentido, seria a análise da responsabilidade civil por ato de terceiros, do art. 1.521, do CCb, que estabelece uma responsabilidade solidária entre as pessoas indicadas neste dispositivo e o agente causador direto, sendo que existe uma presunção de culpa por parte das pessoas indicadas no mencionado dispositivo.

³⁹ Não obstante, nota-se que existe uma tendência atual da incidência da responsabilidade civil, em especial do dever de indenizar, independentemente da existência do dano. É o que sucede, por exemplo, com a responsabilidade civil por dano ambiental, por força do chamado princípio da prevenção, que alguns autores aceitam como critério de indenização do dano moral, denominado critério punitivo.

Portanto, importante será conceituar-se o dano, sendo a precisão do conceito, questão de suma relevância, uma vez que, sendo a responsabilidade civil um reflexo jurídico do dever de indenizar, também sob o enfoque jurídico haverá de ser entendido o dano.

Desde os tempos antigos, costumeiramente, somente se reconhecia o dano como a repercussão no patrimônio, pelo que, somente o dano de natureza patrimonial (ou seja, aquele que tivesse valor econômico imediato) é que seria indenizado.

O conceito de dano, portanto, refletiam esta tendência patrimonialista, como o apresentado por POLACCO, citado por CLAYTON REIS, para quem *dano é a efetiva diminuição do patrimônio e consiste na diferença entre o valor atual do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação fora exatamente cumprida.*⁴¹

Mesmo em nosso direito, comum era a adoção de conceito similar, como o estabelecido M. I. CARVALHO DE MENDONÇA conceituada o dano como *todo e qualquer diminuição do patrimônio do credor.*^{42 43}

O próprio Código Civil, o qual, ao descrever a indenizabilidade pelo descumprimento das obrigações, somente inclui as perdas e danos (o que efetivamente se perdeu e o que razoavelmente se deixou de ganhar, art. 402, do CCb), ou seja, o reflexo puramente patrimonial.

Mesmo quando analisado o chamado “dano moral”, sua admissão somente se dava quando este refletisse na ordem patrimonial de um indivíduo. Neste sentido, por exemplo, NEY DA FONTOURA BOCCANERA, analisando os elementos da responsabilidade civil, preceitua que esta somente se dá quando

⁴⁰ CASILLO, João. Ob. cit., p. 26.

⁴¹ REIS, Clayton. *Dano Moral*, p. 2.

⁴² CARVALHO DE MENDONÇA. Manuel Inácio. *Doutrina e Prática das Obrigações*. T. II, p.14.

⁴³ Importante salientar que CARVALHO DE MENDONÇA não deixava de considerar o dano moral, ao contrário, defendia-o como forma reparatória, capaz de minimizar, atenuar os sofrimentos íntimos experimentados pela vítima (op. cit., p. 448-459).

existe um dano, e que *o dano moral só é ressarcível quando produza reflexos de ordem patrimonial*.⁴⁴

Este conceito, hoje, considera-se ultrapassado, uma vez que deixou de incluir a outra esfera de direitos reconhecidos a todo sujeito, ou seja, os direitos inerentes ao indivíduo, que não tem caráter patrimonial, mas que também fazem parte de sua esfera de interesses e proteção jurídica, e que, por isso, também devem ser tutelados, não só no sentido de se lhes assegurar o exercício, mas, também, proteção para o caso de violação. São os direitos personalíssimos, também denominados direitos extra-patrimoniais.⁴⁵

A despeito da antiga discussão sobre a possibilidade de sua incidência, ou cômputo, em sede de responsabilidade civil, hoje, incontestável é a indenizabilidade deste dano extra-patrimonial, mais conhecido como dano moral. Tanto isso é verdade que passou a ser considerado como preceito constitucional, uma das garantias constitucionais individuais (art. 5º, V e X, da CF/88), idéia seguida pelas regulamentações que lhe são subseqüentes (como o art. 186 do Código Civil).

Pode-se conceituar o dano, em seu sentido mais amplo, portanto, como sendo a violação à esfera de interesses ou bens alheios⁴⁶, aos seus direitos de forma geral, ou seja, todos os seus bens jurídicos, quer os de ordem patrimonial ou mesmo moral (extra-patrimonial), tutelado pelo ordenamento jurídico, decorrendo daí, pois, o direito à indenização.

Destarte, poderia entender-se que, com a violação de um direito ou interesse protegido pelo ordenamento, existirá o dano juridicamente considerado, e, como conseqüência ao ato lesivo, como forma de re-equilibrar o direito violado, existirá o dever daquele que tenha praticado o ato lesivo, ou daquele que a quem a lei impute este dever, a obrigação de repará-lo.

⁴⁴ BOCCANERA, Ney da Fontoura. *Culpa Aquiliana*, Revista de Direito Civil, 24, p. 107.

⁴⁵ CLAYTON REIS (op. cit., p. 3) esclarece que *a idéia de que somente as lesões aos bens materiais são suscetíveis de reparação é falsa. Os bens não patrimoniais, inobstantes possam ser objetos de reparação, como os materiais, o são, todavia, a outro título.*

Seriam indenizáveis, portanto, todos os danos que ocorressem como conseqüência (nexo causal) da conduta lesiva do responsável, tanto os danos *direitos* quanto os *indiretos* ^{47 48}. Segundo FRANCISCO AMARAL, *dano direto é o que resulta imediatamente do fato; dano indireto, o decorrente de circunstâncias ulteriores, que aumentam o prejuízo.*⁴⁹

Portanto, para que seja indenizável, bastaria que este dano fosse conseqüência da conduta do agente (nexo causal), contivesse as características necessárias à sua indenização, ou seja, *certo, atual e subsistente.*⁵⁰

Segundo nossa tradição, como regra geral, todo e qualquer dano sofrido como conseqüência da conduta de outrem deve ser sempre reparado (ressarcido ou compensado, conquanto se trate de dano moral), sendo que a indenização ou reparação do dano haverá de ser sempre integral, qualquer que seja a sua causa, qualquer que venha a ser a modalidade de culpa (ou até mesmo que ela não venha a existir).

⁴⁶ Segundo ANTONIO LINDEMBERGH C. MONTENEGRO (op. cit., p. 7), *para a doutrina alemã, dano e interesse são a mesma coisa (Shaden und Interesse sind identisch).*

⁴⁷ Também indenizável é o chamado *dano em ricochete*, ou seja, aquele que, embora não seja causado diretamente pela conduta, mas sofre um dano como “reflexo” do dano causado a outrem. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (op. cit., p. 43), fundado nas lições de GENEVIÈVE VINEY, aduz que nosso ordenamento acolheria a esta espécie de dano, tanto assim que, em exemplo, cita a condição da ex-mulher que tem direito a alimentos decorrente de ato ilícito. No entanto, a fim de evitar que se multiplique em excesso o campo das indenizações, pelo que, devem ser estabelecidas condições adequadas para admissão da hipótese.

⁴⁸ Não obstante, é certo que o dano indireto, por regra, não é indenizável, salvo prova clara de que o mesmo seja conseqüência direta e imediata da conduta do responsável. Nos dizeres de AGOSTINHO ALVIM (op. cit. p. 370), *os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso, em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas.*

Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis.

⁴⁹ AMARAL, Francisco. Op. cit., p. 539.

⁵⁰ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (op. Cit., p. 40-41), ressalta que os requisitos de certeza e atualidade do dano estão intimamente ligados, com o fito de evitar o pedido meramente eventual ou hipotético. Sob o plano hipotético, tudo é possível, mas o direito não pode trabalhar com isto, pois o dano pode não vir a concretizar-se. Por isso, deve ser certo e atual, ou seja, o dano deve existir de fato no momento em que se pede a indenização ou, no mínimo, vir a ser um resultado provável e esperado do ato danoso, ou seja, que provavelmente serão produzidos e poderão ser apurados por ocasião da decisão. Não é necessário, portanto, que haja certeza absoluta quanto ao dano, mas uma grande probabilidade de sua existência ou ocorrência. Quanto à subsistência, significa que o dano, por ocasião do pedido ou mesmo da decisão, não poderá estar reparado, quer pelo responsável, quer por terceiro, uma vez que, com a reparação, nada restará a ser ressarcido.

1.2.3. Nexa de Causalidade

Para que se possa impor ao sujeito a responsabilidade pela reparação do dano, indispensável é que haja nexa de causalidade, que vincule a conduta do agente (comissiva ou omissiva) e o resultado danoso experimentado pela vítima. O dano deve ser resultado de um ato ou fato jurídico praticado ou atribuível (imputável) a um sujeito de direito, estando, pois, intimamente ligados, ou seja, do ato deve decorrer a consequência, que é o dano.

Não basta a simples ilicitude da conduta, nem tão pouco, a existência do dano, e nem mesmo a existência de ambos concomitantemente, pois, se um (dano), não decorrer (nexa de causalidade) do outro (ato ilícito), não se pode falar em responsabilidade civil.

DEMOGUE, citado por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, com precisão, ao explicar o nexa de causalidade, escreveu que: *é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria.*⁵¹

Trata-se de uma questão analisada puramente de forma objetiva, que RUI STOCO⁵², baseado nas lições de LEONARDO A. COLOMBO, descreve como *quaestio facti*, a ser analisada pelo juiz a cada caso concreto.

A análise do nexa causal, nas palavras de CAIO MÁRIO, *é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado*⁵³. ANTONIO CHAVES, arremata a importância do tema, quando dita que *sem a prova da relação da causa e efeito entre o ilícito cometido e o prejuízo sofrido pela vítima não há como exigir a reparação.*⁵⁴

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 75.

⁵² STOCO, Rui., ob. cit., p. 63.

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 76.

⁵⁴ CHAVES, Antonio. Op. cit., p. 577.

Mas nem sempre se faz necessário a prova absoluta do nexo de causalidade, uma vez que bastaria simplesmente um elevado grau de probabilidade, hipótese em que, àquele a que se imputa a responsabilidade, sopesaria o ônus de provar que a causa que se aparenta como provável é meramente aparente, mas não na realidade.⁵⁵

Esta questão, quando decorrente de um ato único, ou seja, de uma única conduta, normalmente, não gera maiores problemas, como seria o caso de um sujeito que atira e mata a outrem. No entanto, o problema ficaria muito mais complexo quando o resultado fosse decorrente de uma série de situações (causalidades múltiplas), próximas ou remotas, do qual derivaram os danos, havendo-se de perquirir qual (ou quais) das condutas resultou o dano, pois, somente conduta daquele a quem se puder imputar que houve o nexo causal (aquele que se puder indicar que seja a causa da qual decorreu o dano, ou seja, não fora sua conduta, o resultado não teria ocorrido), é que tem o dever de reparar o dano.

Se as causas forem simultâneas, poderia se falar em responsabilidade solidária por parte dos diversos agentes (art. 942 do CCb). Agora, se as causas fossem sucessivas, imprescindível se faria a descoberta da causa que pudesse importar em responsabilidade por parte de seu agente, a fim de que a vítima soubesse a quem poderia acionar, a fim de receber a devida indenização.

Várias teorias procuram equacionar o problema, sendo as principais a *teoria da equivalência das condições*, *teoria da causa adequada*, *teoria da causalidade imediata*.

Para a teoria da *equivalência de condições*, ou também denominada *equivalência dos antecedentes*, originária de VON BURI, para quem, tudo o que concorresse para o resultado final deve ser considerado causa. Esta teoria não diferencia as condições que contribuiram para o resultado final, sendo que todas, tanto as mais próximas quanto as mais remotas, concorrem para o resultado final e,

⁵⁵ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Conseqüências*. P. 341-342.

portanto, tem todas o mesmo valor, ainda que uma tenha maior influência do que a outra.

ANIBAL BRUNO explica o fundamento da teoria da seguinte forma:

Causa não é o conjunto individual das condições, mas qualquer delas, desde que necessária à produção do resultado, uma vez que todas se equivalem, e pôr uma delas importa em assumir um nexos causal com o resultado. Só em pôr essa condição, o atuar do agente se fez causa do fato ocorrido.

O decisivo é que, sem essa condição o resultado não pudesse ocorrer como ocorreu.⁵⁶

Segundo esta teoria, para se descobrir se um determinado antecedente deve ser reconhecido como causa, bastaria utilizar-se da fórmula prática proposta por THYRÉN, citado por FRAGOSO⁵⁷, onde, em um processo mental, realizar-se-ia um processo hipotético de eliminação, onde seriam eliminadas uma a uma as causas antecedentes, sendo que, haveria de ser considerada causa do resultado final toda aquela que, *in mente*, não pudesse ser suprimida sem afetar o resultado.

Esta teoria, embora seja a aplicada para o Direito Penal⁵⁸, e seja a que mais atenda às expectativas da vítima, pois amplia seu campo de garantias, não se coaduna às necessidades e realidade do Direito Civil, pois, nas lições de MALAURIE e AYNÉS, citados por CAIO MÁRIO, é imprópria *por ter levado muito longe as implicações da responsabilidade ao atribuir a um dano um número infinito de causas. Elas tenderiam a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade.*⁵⁹ Com isso, na esfera civil a busca de um responsável poderia percorrer longínquas distâncias, um regresso infinito nas condições, o que poderia ocasionar uma situação de impossibilidade de vida em sociedade.

Segundo a *teoria da causa adequada*, elaborada por VON BAR e desenvolvida pelos ensinamentos de VON KRIES. Segundo esta, *causa é o*

⁵⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, t. 1, p. 323.

⁵⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral*, p. 168.

⁵⁸ Este preceito, inclusive, é a determinação do próprio art. 13, do CP, que determina: *Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.*

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 78.

*antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for a mais apropriada a produzir o evento.*⁶⁰

Assim, ao se analisar o sinistro (ato ou fato danoso), haverá de se perquirir, não só em concreto, mas também em abstrato, donde haveria, portanto, de se perquirir se o ato praticado pelo agente era capaz, por si só, de provocar normalmente o resultado danoso. Se a resposta for afirmativa, esta será a causa adequada. Se negativa, porque o dano decorreu, não se condições normais, mas excepcionais, inexistiria o dever de indenizar. Esta posição é a adotada pela doutrina majoritária.⁶¹

No entanto, a partir dos ensinamentos de AGOSTINHO ALVIM, pode-se ter por duvidosa esta questão, mormente pelo exemplo apresentado, fundado em MARTREAU a ENDEMANN:

“A deu uma pancada ligeira no crânio de B, a qual seria insuficiente para causar o menor ferimento num indivíduo normalmente constituído, mas que causou a B, que tinha uma fraqueza particular dos ossos do crânio, uma fratura de que resultou a morte. O prejuízo deu-se apesar de o fato ilícito praticado porá não ser a causa adequada a produzir aquêle dano a um homem adulto.”⁶²

Conclui o autor que, fosse adotada a teoria da equivalência das condições, subsistiria a responsabilidade, situação contrária da adoção da teoria da causa adequada, pois a pequena pancada não seria a causa adequada, suficiente e necessária (*in concreto* e *in abstrato*), para ocasionar o dano experimentado.

De fato, parece que, no exemplo dado, a hipótese leva à conclusão de que houve nexo de causalidade, uma vez que foi a lesão que levou à morte, portanto foi sua causa (ou, ao menos, uma de suas concausas). O que poderia excluir a responsabilidade seria a questão de culpabilidade (ou, mais precisamente, imputabilidade), sob a alegação de caso fortuito. Isto posto, embora seja esta a

⁶⁰ CAVALHIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 51.

⁶¹ Neste sentido,

⁶² ALGIM, Agostinho. *Op. cit.*, p. 346.

teoria mais adotada pela nossa doutrina, não parece ser a melhor para solucionar o problema.

Outra teoria é a da *causalidade imediata*, segundo a qual o nexo haveria em relação à causa da qual o dano seja efeito direto e imediato, quando *nenhuma outra causa tenha concorrido para a sua produção*.⁶³

AGOSTINHO ALVIM, assim explica a teoria:

Suposto certo dano, considera-se causa dêle a que lhe é próxima ou remota, mas com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente.

Ela é causa necessária desse dano, porque êle a ela se filia necessariamente; é causa única, porque opera por si, dispensadas outras causas.

*Assim é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.*⁶⁴

FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ explica que esta teoria é um refinamento da teoria da causa adequada, no entanto, além de ser a causa analisada adequada a produzir o dano (*in concreto e in abstrato*), *exige-se que este tenha resultado de maneira direta e imediata do ato ou fato cuja prática tenha sido elemento bastante para a ocorrência do prejuízo*.⁶⁵

Segundo se verifica do art. 403 do CCb, foi esta teoria adotada pelo Direito pátrio.

AGOSTINHO ALVIM⁶⁶, embora adepto desta teoria, reconhece a dificuldade da adoção ou formulação de uma única teoria capaz de resolver o problema, equiparando-a à dificuldade de definir, entendendo que a melhor solução seria a análise casuística, sob autorizando-se ao juiz decidir conforme seu bom senso e sua livre convicção, no esteio do preceitua o § 287, da Lei Processual Civil Alemã.

⁶³ CHAVES, Antonio. Op. cit., p. 579.

⁶⁴ LIMA, Alvino. Op. cit., p. 356.

⁶⁵ PODESTÁ, Fábio Henrique. *Direito das Obrigações – Teoria Geral e Responsabilidade Civil*, p. 205.

1.2.4. Culpa

Após a evolução experimentada pela responsabilidade civil, deixando de ser simples vingança a qualquer ato que conduza ao dever de indenização, surgiu, então, a necessidade da culpa como elemento indispensável, ou seja, o elemento subjetivo da responsabilidade civil, o elemento volitivo que deve ser avaliado na conduta do agente.

Conforme preleciona a doutrina dominante, a noção da responsabilidade decorrente da culpa teve início a partir da *Lex Aquilia*, do século III a. C. Referida lei, embora de criada como regulamentação de ordem penal, estabelecia que haveria o dever de responder pelo dano toda vez em que não houvesse legalmente autorizada para a conduta (daí decorrendo o conceito vigente de dano injusto). Posteriormente, esta noção foi se alastrando, passando a se conceber a culposa a conduta toda vez em que não houvesse justo motivo que autorizasse a ter provocado o dano.

A adoção da culpa possibilita a vida em sociedade, e torna a responsabilidade civil uma ciência mais justa, fazendo desaparecer a insegurança social de responder indistintamente por todos os atos que resultarem em dano. Como ensina OROZIMBO NONATO, *a noção tradicional de responsabilidade civil pela culpa atente às inspirações de equidade e de justiça*.⁶⁷

Na análise da culpa, estava em questão, inicialmente, a conduta do indivíduo em face ao ordenamento jurídico, de forma que, agindo este em contrariedade (desconformidade) com um dever que lhe é imposto. É uma falta a um dever, decorrente da inobservância de uma conduta (positiva) que do agente poderia se esperar. Diferentemente, para a análise da culpa no caso de omissão,

⁶⁶ ALVIM, Agostinho. Op. cit., p. 370-371.

⁶⁷ *Apud* CARVALHO SANTOS, João Manoel de. Op. cit., p. 325.

somente poderiam ser consideradas as condutas que legalmente se poderia espera, como visto anteriormente.

Pela evolução da responsabilidade civil, nota-se que há um crescente aumento de seu campo, passando a ser considerado como culposa a conduta, não só contrária aos preceitos legais, mas a outras condutas aguardadas e esperadas de um homem médio.⁶⁸

Como expressa OROZIMBO NONATO:

O ato ilícito não é apenas o que a lei proíbe: o direito desborda do domínio augusto do texto legal.

Falando em negligência e imprudência, diz PIERE DE HARVEN, admite o legislador toda uma técnica da vida dos homens em sociedade, técnica demasiadamente ampla para ser definida em lei e que, não obstante, tem de ser respeitada para a possibilitação da vida em sociedade.⁶⁹

Nesta condição, qualquer ação ou omissão do agente, que importasse inobservância de um dever estabelecido validamente pelo legislador (agir com culpa), causando prejuízos a outrem, desejados ou não, acarreta o dever de reparar o dano. Trata-se, pois, da chamada responsabilidade subjetiva, pela qual o elemento culpa é indispensável. E que é a regra geral vigente no direito pátrio, tanto para a responsabilidade delitual (ato ilícito), conforme preceitua o art. 186 do CCb, como na esfera contratual (art. 393 CCb).

Como se vê, desde sua origem, houve uma ampliação muito grande da concepção de culpa, deixando de ser simplesmente uma idéia de inobservância de um dever legal, passando para uma noção de infração de um dever esperado, tanto de ordem legal, como social, moral, etc. CAIO MÁRIO, baseado nas lições de SAVATIER, assevera que, ao estabelecer-se o conceito de culpa:

É necessário assentar se impossível faze-lo sem partir da “noção de dever”, que ele analisa em várias hipóteses ou espécies (deveres legais, deveres de

⁶⁸ ALVINO LIMA (*Culpa e Risco*, p. 40) ressalta que as necessidades prementes da vida, o surgir dos casos concretos, cuja solução não era prevista na lei, ou não era satisfatoriamente amparada, levaram a jurisprudência a ampliar o conceito de culpa e acolher, embora excepcionalmente, as conclusões das novas tendências doutrinárias.

⁶⁹ *Apud* CARVALHO SANTOS, João Manoel de. Op. cit., p. 325.

família, deveres morais, obrigações de observar os regulamentos, dever geral de não prejudicar a outrem etc.).⁷⁰

Como ressalta ORLANDO GOMES⁷¹, trata-se de um desvio de comportamento. Está, portanto, diretamente ligada à conduta aguardada em um homem médio⁷², sendo que este procede em desconformidade com o que se podia e devia esperar.

Como ressalta FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ, a noção de culpa está diretamente ligada à própria noção de previsibilidade, sendo que *só se pode cogitar de culpa quando o evento é previsível*.⁷³

Conceituar culpa é tarefa árdua, mormente nos dias atuais, onde o conceito, e a amplitude de sua abrangência, é muito mais larga. Como esclarece MÁRIO MOACYR PORTO *“culpa” é caleidoscópio de mil faces, que varia ao sabor das convicções pessoais de cada autor que se propõe a defini-la*.⁷⁴

JOSÉ DE AGUIAR DIAS, por exemplo, a conceitua como sendo:

*a falta de diligência na observância de norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado⁷⁵, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude.*⁷⁶

CAPITANT, citado por SERPA LOPES, entende a culpa como sendo:

o ato ou omissão constituindo um descumprimento intencional ou não, quer de uma obrigação contratual, quer de uma prescrição legal, quer do dever

⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 67.

⁷¹ GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 263.

⁷² Talvez seja oportuna uma revisão desta concepção de culpa, vinculando-se à idéia da conduta de um homem médio, uma vez que na culpa levíssima, a conduta de um homem médio não seria suficiente para evitar o dano, entretanto, não elidiria o dever de indenizar, como se impõe no caso da *culpa levíssima*, uma pessoa especial poderia evitar. Parece mais oportuno estabelecer-se a regra fundada em outro elemento, como é o caso da previsibilidade.

⁷³ PODESTÁ, Fábio Henrique. Op. cit., p. 199.

⁷⁴ PORTO, Mário Moacyr. Op. cit., p. 23.

⁷⁵ Cabe uma ressalva a este conceito, pois o resultado pode até mesmo ser esperado e desejado, como ocorre com o caso do dolo. Somente no seu conceito mais restrito (*stricto sensu*) é que seria correto o conceito.

⁷⁶ DIAS, José de Aguiar. op. cit., p. 127.

*que incumbe ao homem de se comportar com diligência e lealdade nas suas relações com os seus semelhantes.*⁷⁷

Assim, como a culpa é elemento indispensável, pode ser conceituada como *conduzir-se contrariamente àquilo que seria esperado, infringindo uma conduta esperada, quer por se tratar de um dever legal, moral, social, religioso ou até familiar, causando um dano intencionalmente ou que, embora não desejado, houvesse o agente ponderado com um mínimo de diligência, poderia ter previsto o resultado danos.*

1.2.5. Imputabilidade

A imputabilidade não se confunde com a culpa, embora com ela esteja umbilicalmente ligada. Nos dizeres de ORLANDO GOMES *no conceito de culpa se integram dois elementos: a ilicitude e a imputabilidade.*⁷⁸

Imputar significa *atribuir a responsabilidade por alguma coisa. Imputabilidade é, pois, o conjunto é pressuposto*⁷⁹

Como tem entendido a doutrina, não se pode falar em culpa se o agente não detinha conhecimento (ou discernimento) da ilicitude (ou conseqüências) de sua conduta⁸⁰. A imputabilidade é pressuposto necessário à noção de culpabilidade. Nos dizeres de MARIA HELENA DINIZ:

⁷⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. ob. cit., p. 168.

⁷⁸ GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 269.

⁷⁹ CAVALHIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 33.

⁸⁰ ROBERTO DE RUGGIERO (*Instituições de Direito Civil*, v. 3, p. 597) assim descreve a importância da imputabilidade: *O fato lesivo deve ser voluntário e imputável. Se se abstrai, na verdade, dos casos de responsabilidade objetiva ou ex re, nos quais não se investiga acerca da culpa, é sempre elemento indispensável da responsabilidade por delito ou quase-delito que a ação se ligue a uma livre determinação da vontade, que ela consista num propósito malicioso numa imprevidência das*

Assim, são imputáveis a uma pessoa todos os atos por ela praticados, livre e conscientemente. Portanto, ter-se-á imputabilidade, quando o ato advier de uma vontade livre e capaz. Para que haja imputabilidade é essencial a capacidade de entendimento (ou discernimento) e de autodeterminação do agente.⁸¹

A culpa está ligada à conduta do agente que pratica o ato ilícito, enquanto a imputabilidade não está obrigatoriamente restrita a esta pessoa. Como leciona SERPA LOPES, *não se limita exclusivamente a envolver a pessoa que diretamente praticou o ato transgressivo da lei; igualmente ela pode ser atribuída ao que deve responder pelo comportamento de outrem, como os praticados por filho menor, etc.*⁸²

Note-se que a idéia de imputabilidade está ligada à idéia de capacidade do direito civil (embora com ele não se confunda⁸³) pois importa discernimento do indivíduo quanto à ilicitude do ato que está praticando, no momento em que o ato é praticado. Pressupõe, portanto, discernimento (capacidade intelectual e emocional), e liberdade de determinação (capacidade volitiva), como ensina JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA.⁸⁴

Somente a partir da existência imputabilidade a um indivíduo poderá dar azo à reparação do dano e, principalmente, determinação deste indivíduo na obrigação de repará-lo. Somente não haverá incidência da reparação do dano, caso esteja presente alguma das causas excludentes que o direito reconhece, como seria o consentimento da vítima, caso fortuito, força maior, etc.

conseqüências danosas do comportamento próprio (dolo ou culpa) e ainda que seja mínima a culpa do agente (in lege Aquilia et levissima culpa venit). Quando, pois, a idade juvenil, a demência, o estado de embriaguez ou uma perturbação psíquica, ainda que transitória tire o discernimento do ato, cessa a responsabilidade, visto não ser imputável. Mas pelo contrário basta o simples discernimento ou discernimento razoável, isto é, o suficiente para ter como querido o fato que produziu o dano, ainda que todas as conseqüências não tivessem sido previstas.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 7. p. 43-44.

⁸² SERPA LOPES, Miguel Maria de. *ob. cit.*, 196-197.

⁸³ ORLANDO GOMES (op. cit., p. 270), nesse sentido, diferencia a ambos, lecionando que: *há pessoas legalmente incapazes para a prática dos atos da vida civil, mas que têm discernimento. Não se levam em conta, na apreciação da culpa, fatores que influem na capacidade de fato, aferindo-se a responsabilidade pela "aptidão do agente para agir racionalmente, medindo a importância e o alcance de seus atos."*

⁸⁴ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, v. 1, p. 555.

Não existindo a quem se possa imputar a obrigação de indenizar (por falta de discernimento de agente que praticou o ato), e não havendo quem por ele responda, o dano ficará sem reparação, por falta de quem responda.⁸⁵

Mas a vinculação da reparação à existência de imputabilidade por parte do agente não tem sido menos criticada pela doutrina, em especial quando o ato decorre da conduta de menores, amentais, entre outros, aos quais, por certo, não se poderia falar em discernimento. Questionam os doutrinadores para a hipótese de um menor ou amental, praticando um ato do qual decorra um dano a outrem, como ficaria sua indenização em face do caso concreto, eis que poderia deparar-se com a hipótese de que os responsáveis por estes incapazes (pais, tutores ou curadores, conforme o caso, art. 932, I e II, do CCb) não disponham de patrimônio penhorável para responder pelo dano, enquanto o menor, ao contrário, fosse abastado ficaria isento de responder por sua conduta lesiva. Seria justo com a vítima ficar sem indenização?

MÁRIO MOACYR PORTO tece severas críticas por esta situação e propõe solução, sugerindo que a análise da imputabilidade (e sua influência em relação à culpa), deva ser analisada não individualmente, em relação à personalidade do agente, mas de uma forma objetiva (análise do caso *in abstracto*), tendo em vista as condições externas e objetivas, com o fito, muito mais preocupado com a indenização do agente, do que, propriamente, em buscar um culpado a quem imputar o dever de indenizar.⁸⁶

⁸⁵ ANTUNES VARELA, João de Matos. ob. cit., p. 556.

⁸⁶ Pela polêmica do tema e pela real necessidade de re-adequação da idéia de imputabilidade, que diretamente influi na culpa, requisito imprescindível da responsabilidade subjetiva, importante analisar-se as palavras de MÁRIO MOACYR PORTO (op. cit., p. 21): *Um capítulo da problemática de responsabilidade civil que está a exigir corajosa revisão é o que respeita à imputabilidade, isto é, a capacidade de discernimento, a aptidão psíquica de distinguir o bem do mal, elemento considerado, entre nós, imprescindível à caracterização da culpa e, conseqüentemente, do dever de indenizar. Os incapazes são inimputáveis, e, como tais, não respondem pessoalmente pelos danos que causarem. A clássica definição de culpa – “um comportamento ilícito imputável ao seu autor” – é, hoje, insustentável. O exame ou avaliação das condições físicas e psíquicas do autor do dano – idade, educação, temperamento, etc. – vale para informar ou identificar as razões determinantes do seu comportamento anormal, mas não para subtrair da vítima inocente o direito de obter a reparação dos prejuízos sofridos em seus interesses juridicamente protegidos. Pelo exposto, parece-nos satisfatória a definição de culpa que nos dão Mazeaud, Mazeaud e Tunc: “Há culpa quando um erro de conduta não teria sido cometido por uma pessoa avisada (prudente e diligente) colocadas nas mesmas condições externas do autor do dano.” Resulta daí que a conduta do agente deverá ser apreciada in*

Face ao Código Civil alemão, e ao preceito do § 829, entendem ENNECCERUS, KIPP e WOLF a indenização dever ser imposta, ainda que aos inimputáveis, por razões de equidade, a fim de que a vítima não possa ficar sem ressarcimento.⁸⁷

No Brasil, o Código Civil de 1916 não continha regra similar, o que não significa, no entanto, que os inimputáveis estejam incólumes à responsabilidade.

No plano normativo, em relação aos menores, é de se verificar que sua idade não os isentaria de responder por sua conduta, pois, face ao nosso ordenamento, já hoje, haveria, por parte destes, responsabilidade a partir dos 12 anos de idade, podendo, portanto responder pelos atos ilícitos a partir desta idade (esta idade de 12 anos é decorrente do estatuído nos arts. 2º e 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente^{88 89}, havendo de se desconsiderar, portanto, a idade de 16 anos, lecionada pelo art. 156 do CCb⁹⁰).

abstrato, em face das circunstâncias “externas” objetivas, e não em conformidade com a sua individualidade “interna” subjetiva. Se um dano é “objetivamente”, é ressarcível, pouco, pouco importando que o seu agente seja inimputável. A culpa – que nunca é demais repetir – é noção social, pois o objetivo não é descobrir um culpado, mas assegurar a reparação de um prejuízo.

⁸⁷ Dizem os autores (op. cit., p. 1227), *el menester que, dada las circunstancias y, en particular, la situación de los interesados, la equidad exija la indemnización.*

En la situación de los interesados se ha de considerar principalmente la situación patrimonial, pero también otras circunstancias, por ejemplo, el grado de desarrollo mental del agente, la malicia probada, el modo de la lesión, etc.

⁸⁸ **Art. 116.** Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento de dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos.

⁸⁹ Um importante elemento deve ser ressaltado, é a questão de o Estatuto da Criança e do Adolescente refere-se claramente a ATO INFRACIONAL, que, a priori, é a designação do ato criminoso (definido como crime) para a conduta do menor. O menor não comete crime, mas ato infracional. Por isso, esta conclusão é questionável, uma vez que se pode entender que a responsabilidade civil somente decorreria de condutas ilícitas (atos ilícitos), quando estes se caracterizassem como crime, ficando eles isentos de responder pelos demais atos ilícitos (não definidos como crime).

⁹⁰ **Art. 156.** O menor, entre dezesseis e vinte e um anos, não pode, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado.

Já em relação aos amentais, não se poderia aplicar a mesma lógica, uma vez não existe norma de mesmo conteúdo a eles aplicável, e não se poderia falar em aplicação analógica, eis que, sendo norma de exceção, não se poderia utilizar desta analogia. Outros ordenamentos estabelecem regras que autorizam o juiz a condenar o incapaz à reparação⁹¹.

Tal situação foi resolvida, embora criticável, pelo disposto no artigo 928 do Código Civil, que estabelece que o inimputável poderá ser responsabilizado subsidiariamente, se quem não tiver condições de responder por si (seu responsável legal) não tiver condições ou obrigação de fazê-lo, mas sem privá-lo do necessário à sua subsistência..

1.3. Classificação da Responsabilidade

Desnecessário ressaltar a importância da correta classificação dos institutos jurídicos, eis que, a partir de sua qualificação (ou classificação), ser-lhe-ão dados atributos e conseqüências jurídicas peculiares à sua espécie. Cumpre observar que em relação à classificação, pode ser feita de diferentes maneiras, o que não acarreta o erro de uma ou outra forma, mas tão somente uma diferente ótica sob a qual o estudioso examinará o fenômeno.

SILVIO RODRIGUES⁹² acentua que, para a classificação seja adequada, é necessário que ela não deixe resíduos, de forma a que todas as espécies estejam agrupadas em uma das categorias estabelecidas, e, ainda, que, uma vez classificadas, elas se afastem das classificadas em outra.

Para fins do presente trabalho, estabelecer-se-á somente a divisão da responsabilidade em suas duas principais formas, as quais se revelam como as

⁹¹ CARLOS ROBERTO GONÇALVES (op. cit., p. 11), cita, entre outros, o Código Suíço (art. 54), o e Portugal (art. 489), da Rússia Soviética (art. 406), do México (art. 1.911), da China (art. 187), da Espanha (art. 32), DA Itália (art. 2.047) e o Código Peruano (art. 1.140).

⁹² RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, v. 3 - Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais de Vontade, p. 24.

mais importantes, ou seja, em responsabilidade subjetiva e objetiva, e em responsabilidade contratual e extra-contratual.

1.3.1. Responsabilidade Objetiva e Subjetiva

Entre as diversas formas de se efetuar a classificação que se pode dar à responsabilidade civil⁹³, pode-se dividir a responsabilidade, quanto ao seu fundamento, em responsabilidade civil objetiva ou por risco, e subjetiva, conquanto se funde no risco, ou na culpa, como elemento que lhe sirva de embasamento.⁹⁴

Como visto anteriormente, a divisão decorreu de uma lenta evolução histórica, pois, inicialmente, a responsabilidade por dano (ou ameaça), era objetiva, já que era irrelevante a vontade do agente que praticava o ato danoso, e era caracterizada como simples ato de repulsa (ou vingança) instintiva, não se relevando a questão da intenção do agente.

Só posteriormente é que veio a ser introduzida a idéia de culpa, como elemento fundamental à responsabilidade civil, e que se tornou regra geral em todos os ordenamentos jurídicos mundiais.

No entanto, esta fórmula acabou por se tornar insuficiente para solucionar o problema da responsabilidade civil, uma vez que, o caso concreto revela que, em determinadas situações, quer por ordem econômica, quer pela própria situação em concreto, a vítima acabava por ficar sem reparação, dada a

⁹³ Tendo sido admitida a divisão, para fins de classificação, nos moldes de MARIA HELENA DINIZ, que indica três modalidades, assim apontadas: *quanto ao seu fato gerador* (dividido em contratual e extracontratual, divisão esta que, entendendo ser fundamental para a correta compreensão da atividade na área de saúde, dedicamos tópico próprio), *quanto ao seu fundamento* (dividido em objetiva ou subjetiva), e, por fim, *relativamente ao agente* (dividido em responsabilidade direta ou indireta). In DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 7, p. 97-99.

⁹⁴ GEORGE RIPERT (op. cit. p. 212), com razão, critica esta designação, uma vez que pode levar à concepção de uma regressão na evolução da responsabilidade civil, preferindo a designação responsabilidade por risco.

dificuldade em se provar a culpa⁹⁵. Ademais, se uma pessoa resolvia agir em uma determinada atividade, que, invariavelmente redundava em um benefício ou lucro a ele, porque outrem deveria arcar com os prejuízos?

GEORGE RIPERT, sobre o assunto, assevera:

Foi defendida, sem dúvida, em nome da justiça com a idéia da escolha necessária entre o autor e a vítima. Quando o prejuízo se dá não há mais, diz-se, que uma questão de atribuição a regular; não admitir o direito à reparação é condenar a vítima; porque a vítima e não o autor?⁹⁶

Por esta necessidade, e pela própria razão de justiça e equidade⁹⁷, fez-se necessário uma mudança na forma de se encarar a responsabilidade, deixando de lado a noção tradicional de culpa, passando-se à teoria do risco, pela qual o agente assume os riscos do dano que sua atividade (ou mais propriamente, se de sua conduta ou atividade, cria ou aumenta o risco natural das coisas) possa vir a causar, independentemente do fato de ser sua conduta lícita ou não. Surge, então, no século XIX, a doutrina objetiva, por construção de SALEILLES e JOSSERAND.

É evidente que esta nova formulação é um avanço social, imposto por uma série de elementos. PAULO SÉRGIO GOMES ALONSO, sobre o assunto declara:

Os fundamentos estruturais da velha culpa não mais atendiam a nova realidade. Outros elementos se impuseram para que ocorresse a reparação. O sistema individualista da culpa evoluiu para um sistema solidarista de reparação do dano.

Elementos de caráter social, equidade, de solidariedade, de prevenção, de assistência e de segurança concorrem para a imposição da nova concepção

⁹⁵ SÉRGIO CAVALHIERI FILHO (op. cit., p. 142), esclarece que *logo os juristas perceberam que a teoria subjetiva não mais era suficiente para atender a essa transformação social ocorrida em nosso século; constataram que, se a vítima tivesse que provar a culpa do causador do dano, em numerosíssimos casos ficaria sem indenização, ao desamparo, dando causa a outros problemas sociais, porquanto, para quem vive de seu trabalho, o acidente corporal significa miséria, impondo-se a organizar a reparação.*

⁹⁶ RIPERT, George. Op. cit., p. 215.

⁹⁷ ANTONIO CHAVES (op. cit., p. 69), cita o importante parecer de ALCINO DE PAULA SALAZAR, de seguinte contexto: *o princípio tradicional da culpa, envolvendo a necessidade de uma indagação subjetiva da vontade, deixa muitas vezes sem solução os casos ocorrentes e põe em situação de odioso privilégio justamente os beneficiários dos instrumentos que criam ou agravam os riscos de acidentes. Assim, o deslocamento da base da responsabilidade civil da culpa para o risco é uma imposição de ordem econômica atual, dando expressão a um irreprimível sentimento de justiça e equidade.*

de responsabilidade, de forma a lhe possibilitar a sua sustentação, formando os seus pressupostos.

A paz social, a solidariedade, o bem comum e a equidade são apontados por Wilson Melo da Silva como elementos basilares da responsabilidade sem culpa.⁹⁸

ALVINO LIMA, sobre o assunto, arremata:

O que se deve ter em vista é a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano e não a idéia de inflingir uma pena ao autor do prejuízo causado. Os dados econômicos modernos determinam a responsabilidade fundada sobre a lei econômica da “causalidade entre o proveito e o risco”.⁹⁹

Ambas as teorias, de igual maneira importantes, são claramente diferenciadas as modalidades em seu fundamento.

Na responsabilidade subjetiva, imprescindível se faz a demonstração da infração de um dever por parte do agente, conquanto se estaria entendendo a responsabilidade sob o prisma da ilicitude da conduta para incidência do dever de reparar o dano. Se minha conduta não induzir ao dano por ato culposo (segundo o conceito acima traçado), não há que se falar em responsabilidade civil.

Diferente é a posição da teoria objetivista, cujo principal objetivo é o da reparação do dano, sendo prescindível o elemento culpa. Basta que haja prova que da conduta resulte (nexo causal) o dano.¹⁰⁰

Note-se que, em nenhum momento se poderá afirmar que para que incida a responsabilidade objetiva não poderá haver culpa. O que se deve entender é que, na aplicação desta forma de responsabilidade, é indiferente ter o agente praticado o ato com ou sem culpa, não se perquirindo sobre ela. O principal ponto a ser analisado é a reparação do dano, e não a licitude da conduta do agente. Lícita ou ilícita, sendo ele a pessoa imputável, haverá a obrigação de reparar o dano.

Ela parte do pressuposto do risco, entendendo que toda conduta traz em si um risco, e que o agente, praticando determinado ato do qual saiba poder

⁹⁸ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva*, p. 43.

⁹⁹ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, p. 116.

provocar um dano, responde caso este venha a ocorrer, ainda que sua conduta seja lícita.

SÉRGIO CAVALHIERI FILHO assim explica a teoria:

Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem a causou, independentemente de ter ou não agido com culpa.¹⁰¹

No Brasil, devido à tradição romanística, prevalece, ainda hoje, a teoria da responsabilidade subjetiva, só havendo aplicação da responsabilidade subjetiva no caso de expressa determinação legal.

Entretanto, um cuidado deve ser tomado, pois não se pode confundir responsabilidade civil objetiva com presunção de culpa (embora esta tenha sido um passo inicial para a admissão da responsabilidade objetiva), pois nesta o que pode ocorrer é uma inversão do ônus da prova¹⁰², existe uma presunção legal ou do entendimento mediano de que houve uma violação de dever de conduta do agente, mas que pode ou não admitir prova em contrário (presunção relativa, *júris tantum*, ou absoluta, *jure et de jure*), enquanto na responsabilidade objetiva, como dito, a existência ou não de culpa na conduta do agente é absolutamente indiferente e, sequer haveria dilação probatória a este respeito. Não existe obrigação de comprovar que houve culpa, assim como não admitiria a prova de sua não incidência, somente da conduta e seu nexos causal com o dano.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ressalta que *pouco a pouco, a responsabilidade civil marcha a passos largos para a doutrina objetiva.*¹⁰³

Tal situação é um fato, eis que, em nosso ordenamento, multiplicam-se os casos de responsabilidade objetiva. No entanto, esta evolução não pode

¹⁰⁰ Neste sentido, VENOSA, Silvío de Salvo. *Direito Civil – Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil*, p. 501.

¹⁰¹ CAVALHIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 143.

¹⁰² STOCO, Rui. Op. cit., p. 77.

¹⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 267.

acarretar em uma aplicação geral e indistinta da responsabilidade pela simples nexos entre a conduta e o dano, pois, além de importar regressão na evolução da responsabilidade civil, acarretaria uma necessária inatividade perfeita por parte da humanidade, pois qualquer conduta é passível de ocasionar dano e, caso sempre incida o dever de indenizar, a vida em sociedade se tornaria impossível. Esta conseqüente inatividade é uma das mais severas críticas à teoria objetivista da responsabilidade.¹⁰⁴

Por isso, parece que o conceito de culpa não poderá desaparecer, continuando a reger a responsabilidade civil, sendo a responsabilidade objetiva somente utilizada para os casos legalmente estabelecidos, e dentro de condições claramente estabelecidas, a fim de manter a ordem social. RUI STOCO lembra que: *uma visão mais ampla e pragmática do tema levam à conclusão de que ambas devem e podem conviver para que se possa buscar solução para um maior número de litígios.*^{105 106}

1.3.2. Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Esta clássica divisão da responsabilidade civil, como ensina MARIA HELENA DINIZ¹⁰⁷, leva em consideração a natureza do dever violado. Se o dever tem origem em um contrato, tem a chamada responsabilidade contratual, se derivado da falta de observância do dever geral de não causar danos às pessoas ou bens alheios, denomina-se responsabilidade extra-contratual.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Neste sentido, SILVA, Wilson Melo da. Op. cit., p. 96-97.

¹⁰⁵ STOCO, Rui. op. cit., p. 78.

¹⁰⁶ Sobre o tema, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO (*Proposta de Classificação da Responsabilidade Objetiva: Pura e Impura*, p. 7-11), indica a classificação da Responsabilidade Civil Objetiva em pura e impura. Para a primeira, haveria responsabilidade independentemente da existência de culpa por qualquer dos envolvidos no evento danoso, enquanto, para a segunda, tem como requisito, a culpa de terceiro, estando este, vinculado à atividade do indenizador. No entanto, esta classificação, não soluciona o problema da incidência ou fundamento da teoria objetiva, mas, como admite o próprio autor, serve tão somente para autorizar uma eventual ação de regresso, que somente seria possível no caso da responsabilidade civil impura.

¹⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 41.

¹⁰⁸ Com efeito, é necessário ressaltar a correta crítica tecida por FERNANDO NORONHA (op. cit., p. 14), que discorda desta classificação na forma apresentada. Aduz o autor: *Trata-se, porém, de expressões equívocas, na medida que ignoram a existência de obrigações nascidas de negócios*

Como leciona JOHN GILISSEM¹⁰⁹, no período barbado, o Direito Germânico não diferenciava a distinção entre a obrigação delitual e contratual, considerando simplesmente que o descumprimento de qualquer delas impõe o mesmo efeito (no caso, nos dias atuais, poderíamos determinar como sendo a obrigação de reparar o dano).

Quer parecer que não se encontra muito equivocada esta posição, pois, de fato, mesmo hoje, pode-se conceber esta posição correta, eis que e o seu pressuposto é sempre o mesmo, ou seja, o descumprimento injustificado (sem a presença de uma causa excludente), impondo o dever de indenizar.

Mesmo a culpa, necessária para a responsabilidade subjetiva, em seu conceito subjetivo, não difere entre as mesmas, segundo a teoria clássica, face à teoria unitária de culpa. CARVALHO DE MENDONÇA, ressalta que *o conceito subjetivo da culpa é o mesmo e idêntico nas relações contratuais e extracontratuais, só diferindo em seu objeto.*¹¹⁰

O primeiro (culpa contratual) refere-se ao descumprimento de uma obrigação estabelecida pelas partes através de um contrato validamente celebrado, enquanto o segundo (culpa extracontratual ou aquiliana) decorre da violação da norma geral (e social) de conduta, de não causar danos a outrem (sintetizada na máxima *neminem laedere*).

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

¹⁰⁹ GILISSEM, John. Op. cit., p. 751.

¹¹⁰ CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Inácio. Op. cit., p. 446.

Por esta divisão, haveria, no mínimo, uma modificação do ônus da prova, como bem observa MARIA HELENA DINIZ:

Quem pedir indenização pela culpa contratual não precisará prova-la, basta constituir o devedor em mora. Demonstrando o inadimplemento contratual, competirá ao devedor provar a inexistência de culpa, ocorrência de caso fortuito, força maior, ou de outra causa excludente de responsabilidade. Se, contudo, pretender indenização pela culpa aquiliana, será necessário prova-la, sem constituir o devedor em mora, uma vez que está em mora de pleno direito o autor de um delito. Portanto, na culpa aquiliana, o ônus da prova caberá à vítima, por inexistir a presunção de culpa, como ocorre na relação contratual.¹¹¹

No mesmo sentido, FRANCISCO AMARAL¹¹² ressalta a importância da distinção no que se refere ao ônus da prova.

Mas não é só neste ponto, eis que, em outras questões ela se revela importante. Podemos citar a questão do dano, onde, na responsabilidade aquiliana deve ser sempre provada, certa e atual. Já na responsabilidade contratual, ela pode ser simplesmente presumida, como ocorre no caso de fixação contratual das arras e cláusula penal.

Outro ponto relevante seria no tocante à capacidade, que se tornaria requisito imprescindível para a responsabilidade contratual (somente se poderia falar culpa contratual se a infração fosse decorrente de um contrato válido), enquanto, para a responsabilidade aquiliana, mesmo o incapaz pode ser condenado ao ressarcimento.

Para a responsabilidade aquiliana, somente seriam necessários como elementos a conduta culposa do agente, o dano e o nexos de causalidade que ligue a conduta ao dano. Já para caracterizar a responsabilidade contratual, outros elementos são necessários.

¹¹¹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 41.

¹¹² AMARAL, Francisco. Op. cit., p. 536.

JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA dispõe que, para haver responsabilidade civil contratual, deve ser observado o seguinte:

Deve estar o contrato perfeitamente caracterizado e definido no seu conteúdo, para se determinar a responsabilidade contratual.

Não é contratual a responsabilidade proveniente de qualquer facto ilícito cometido no período da formação do contrato.

Não é igualmente contratual a responsabilidade emergente de qualquer facto ilícito posterior à extinção das obrigações derivadas do contrato, embora com estas esteja intimamente relacionado.

Não é também contratual a responsabilidade que o induzido em êrro, por dolo ou má-fé do outro contraente, pode exigir, quer no caso do vício de vontade não produzir a anulação do contrato, quer no caso desta vir a ser declarada.

...

Não pode haver responsabilidade contratual, quando um contrato é viciado de nulidade absoluta.

Para que possa emergir a responsabilidade contratual é mister que um contrato tenha sido celebrado entre o causador do prejuízo e o lesado, mas, excepcionalmente, o beneficiário pode exigir responsabilidade contratual ao promitente, nos contratos feitos em benefício de terceiro.

...

É delitual a responsabilidade do terceiro que, sem estar ao serviço do solvens, concorre para inexecução de um contrato.

Para haver responsabilidade contratual é mister finalmente que o prejuízo derive da inexecução de obrigação contratual.¹¹³

Assim, a responsabilidade contratual deve derivar de uma relação contratual, enquanto fora desta situação, está sujeito à responsabilidade extra-contratual.

¹¹³ GOUVEIA, Jaime Augusto Cardoso de. *Da Responsabilidade Contratual*, p. 273-274.

Capítulo 2

2. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL LIBERAL

2.1. Antecedentes Históricos

É possível considerar inquestionável a importância dos contratos para os dias atuais, sendo a principal fonte desenvolvimento econômico e social, igualmente é de se reconhecer que, por muitos anos, um princípio que vigorava como máxima indelével às relações contratuais era o princípio da autonomia da vontade¹¹⁴ (fundado na liberdade do indivíduo e de seu livre discernimento de guiar-se somente pelos seus interesses e conveniências), através do qual, haveria uma plena liberdade de contratação, podendo o sujeito contratar se quiser, com quem quiser, onde quiser, onde quiser e quando quiser. Aliado a este, somava-se o princípio da obrigatoriedade dos contratos, ou também denominado, princípio da força vinculante (caracterizado pela máxima *pacta sunt servanda*), através do qual, os contratos, uma vez pactuados, devem ser cumpridos.¹¹⁵

Como ressalta ARNALDO RIZZARDO, *a partir de suas origens, assegurando à vontade humana a possibilidade de criar direitos e deveres, firmou-*

¹¹⁴ CARLOS ALBERTO BITTAR (*O Direito Civil na Constituição de 1988*, p. 121), destaca a importância que mantinha, neste período, este princípio. Declara o autor: *Com efeito, dos princípios fundamentais na teoria clássica dos contratos, o fundamental é o da autonomia da vontade – que repousava sobre os conceitos de liberdade e igualdade – pelo qual as partes livremente se obrigam ou deixam de vincular-se, fixando as condições que regerão as suas relações, em razão do respectivo interesse. Significa, pois, o poder de auto-regulamentação de interesses.* A seu turno, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*Os Direitos dos Consumidores*, p. 13), esclarece o conteúdo deste princípio da seguinte forma: *A autonomia da vontade significa a possibilidade dum tripla escolha livre na vida negocial: contratar ou não contratar, escolher a outra parte e determinar o conteúdo das obrigações assumidas.*

¹¹⁵ MARTINHO GARCEZ NETO (*Temas Atuais de Direito Civil*, p. 13), explica, com precisão esta relação entre os princípios. Aduz referido autor: *Tem razão os escritores que consideram esse princípio simples formulação diversa do da autonomia da vontade, desde que ambos se exprimem na regra de que o contrato faz lei entre as partes. Mas, enquanto o princípio da autonomia da vontade mira essencialmente o momento de estipulação e da conclusão do contrato, já o princípio da obrigatoriedade mira os seus efeitos e conseqüências. O que as partes, por mútuo acordo, estipularem deve ser cumprido (“pacta sunt servanda”) sob pena de execução patrimonial, conforme a conclusão a que chegaram os juristas no estágio final da evolução do direito contratual.*

*se a obrigatoriedade das convenções, equiparando-as, para as partes contratantes, à própria lei.*¹¹⁶

Esta situação não era diferente nas relações de produção, desde a sua formulação até chegar a seu destinatário final, ou seja, para fins de consumo¹¹⁷, ou seja, para aquisição de bens e serviços para fins uso próprio, onde os contratos entre fornecedores e os consumidores se regulavam por estes princípios.

No entanto, esta formulação, baseada nestes princípios, revelou-se insuficiente ante a realidade prática¹¹⁸, pois, para que pudesse ter plena eficácia e, de fato, ser fonte justa de regulamentação para ambos os contraentes, seria necessário que eles estivessem em pé de igualdade, não só no plano jurídico-teórico, mas, também, no plano econômico-social, a fim de possam interferir com mesmo poder sobre o contrato (inclusive e principalmente seu conteúdo), uma vez que, colocando duas pessoas de condições diferentes, a parte mais forte acaba se prevalecendo sobre a parte mais fraca, impondo a este as regras inerentes ao interesse daquele, e, que, para satisfazer necessidades mais primárias, eram aceitas pela parte mais fraca.¹¹⁹

Esta situação se agravou ainda mais a partir da Revolução Industrial, que modificou toda relação de produção e comercialização a que estavam os consumidores acostumados (sempre concentrados na mesma pessoa) e importou em uma maior concentração de riquezas, o que fez surgir uma modificação significativa em uma parcela enorme dos contratos, não só nas relações laborais, mas também nas relações de consumo, uma vez que os consumidores passaram a não mais interferir em termos importantes do contrato. Eram os fornecedores que

¹¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, p. 12.

¹¹⁷ Segundo o que esclarece NEWTON DE LUCCA (*Direito do Consumidor*, p. 13), a palavra consumir, do latim *consummare*, significa acabar. O consumo seria, na linguagem dos economistas, o ato pelo qual se completa a última etapa do processo econômico.

¹¹⁸ J. M. OTHON SIDOU, citado por ARNALDO RIZZARDO (op. cit., p. 23), já destacava que: *A lei não pode permitir que o indivíduo seja absolutamente livre para contatar, porque se o permitisse ele agiria, por índole, no interesse próprio, não no interesse social, e aquele que assim não o procedesse constituiria decerto um caso sintomático à luz da psicanálise. Portanto, o indivíduo agiria, sempre, em detrimento da ordem jurídica.*

¹¹⁹ Conforme ensina CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (op. cit., p. 13), a realidade mostra que essa autonomia é tanto menor quanto menos fortes sejam as condições sociais e econômicas, dos sujeitos

indicavam aos consumidores o que poderiam e deveriam consumir, pois somente poderiam adquirir aquilo que era fabricado pelas indústrias manufatureiras.

Com isso, os consumidores passaram ter uma interferência cada vez menor nas contratações, modificando sobremaneira as antigas relações, uma vez que os consumidores não conseguiam reconhecer nos produtos nem seus produtores, sua origem ou sequer os materiais que eram utilizados para a sua fabricação.¹²⁰

Sua condição estava prejudicada, pois, com a vida em sociedade e as novas obrigações sociais, o ser humano passou a necessitar, cada vez mais, de seus semelhantes, a fim de suprir suas necessidades primárias (comida, roupa, etc.), o consumo se tornou cada vez mais incidente e importante em nossas vidas, criando necessidades em nossas mentes, por vezes, não existentes, ou distorcendo nossas prioridades elementares, fortalecendo ainda mais o fenômeno do consumerismo¹²¹.

Como se vê, ao contrário do que se apregoava, com a Revolução das máquinas e a livre concorrência, não houve uma vantagem para o consumidor, mas um agravamento cada vez maior de sua condição na relação contratual.

NEWTON DE LUCCA, assim descreve este momento:

De outro lado, a chamada economia de mercado engendrava uma idéia absolutamente falsa – e, também, muito

de direito-agentes económicos, de modo que os mais débeis pouco mais são do que “sujeitos à sujeição” daqueles outros que dispõe dum poder negocial efectivo.

¹²⁰ SILVIO LUIZ FERREIRA DA ROCHA (*Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro*, p. 12-13), leciona: *A antiga elaboração manual e artesanal dos produtos, restrita ao âmbito familiar ou a um círculo pequeno de pessoas, foi convertida em exceção. O mercado tornou-se o destinatário de uma enormidade de produtos fabricados em série, tipificados e unificados. A cisão entre produção e comercialização foi realizada de modo definitivo. O comerciante perdeu o controle sobre a fabricação do produto e deixou de informar e aconselhar os seus clientes. Com a industrialização, o comerciante do produto não mais exerceu um adequado controle sobre a qualidade dos fornecedores, tornando-se totalmente alheio à elaboração e ao processo de fabricação do produto.*

¹²¹ JAMES MARINS (*Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto*, p. 28), ao comentar o fenômeno do consumerismo, onde as técnicas de produção e comercialização como formas de aumento do consumo, onde, segundo o autor *se persegue a satisfação de necessidades muitas vezes irreais ou incorretamente hierarquizadas, em função de um condicionamento psicológico criado por uma estratégia de produção industrial extremamente dinâmica no oferecimento de novidades.*

provavelmente cínica – de que o consumidor, favorecido pelo sistema da livre concorrência entre as empresas e pela multiplicação dos bens e dos serviços colocados à sua disposição, iria tornar-se uma espécie de monarca do mercado, embora alguns dos espíritos mas argutos já denunciasses a falácia de tal dicção, tal como se pode ver em Zola e Charles Gide.

É mais ou menos a partir das décadas de 50 e 60, de nosso século, com o crescimento impressionante das macroempresas e com a sofisticação dos produtos e dos métodos de produção, que a grotesca idéia da “ditadura do consumidor” foi paulatinamente sendo posta a nu, tornando-se claro e incontroverso que os consumidores estavam mais para “escravos” do que, evidentemente, para suseranos.¹²²

Devido a estas situações, necessário se fez uma mudança deste cenário, o que se deu com a interferência direta do Estado sobre a formação e o próprio conteúdo dos contratos, a fim de re-equilibrar as partes no contrato. A esta interferência na economia, deu-se o nome de dirigismo contratual¹²³.

Nos chamados *contratos de consumo*, esta ingerência estatal teve maior amplitude a partir da metade do século XX, quando os países europeus e os Estados Unidos passaram a tutelar o consumidor. Em março de 1962, em discurso no Congresso americano¹²⁴, o presidente John F. Kennedy, com precisão, declarou a importância desta proteção, ressaltando que alguns princípios que deveriam reger estas relações. Tomando para si as palavras do ilustre presidente americano,

¹²² DE LUCCA, Newton. Op. Cit., p. 13-14.

¹²³ CARLOS ALBERTO BITTAR (op. cit., p. 117), ensina que: *No mundo ocidental, como solução para a nova problemática, surge outra posição doutrinária: a do Neoliberalismo. Admite-se a intervenção do Estado para suprir deficiências da iniciativa privada (intervenção supletiva) a qual se inicia no campo social, pela instituição de normas e organismos de defesa dos trabalhadores, aceitando-se, em algumas partes o planejamento estatal.* Em complementação, poderíamos citar as palavras de ARNALDO RIZZARDO (op. cit., p. 23), para quem *há necessidade do Estado em intervir nas disposições dos negócios e reduzir a liberdade contratual, impedindo a celebração de determinadas obrigações, acrescentando cláusulas diretórias, negando valor a objetivos leoninos, exigindo certas contraprestações e disciplinando as preferências.* Podemos ressaltar que, com esta nova diretriz, há uma modificação significativa da liberdade contratual, que é limitada pela lei, bem como uma flexibilização do princípio da obrigatoriedade, que não tem aplicação diante de uma cláusula que haveria de se entender por ilegal.

¹²⁴ De modo geral, atribui-se este discurso do presidente americano como realizado junto ao Congresso americano. No entanto, MARIA ANTONIETA ZANARDO DONATO (*Proteção ao Consumidor – Conceito e Extensão*, p. 40), indica que o discurso teria sido realizado na Organização das Nações Unidas, onde, teria aquele declarado, além de alguns dos princípios fundamentais, que o consumidor era, ao mesmo tempo *o mais importante e o menos “ouvido”*.

lembra MARIA ANTONIETA ZANARDO DONATO que *consumidores somos todos nós*.¹²⁵

A proteção dos consumidores passou a ser tão importante que a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1969, publicou a Resolução 2.542, onde revela a sua preocupação com a proteção dos consumidores. De igual maneira, em 1985, aprovou a Resolução 39/428, onde regula as normas de proteção do consumidor. Nos países, a partir da década de 70, foi incorporado em diversas Constituições como preceito fundamental, direito fundamental dos indivíduos.

Não foi diferente em nosso país que, seguindo este movimento mundial¹²⁶, por ocasião da elaboração da atual Constituição Federal, em 1988, fez incorporar como direito e garantia individual a proteção do consumidor (art. 5º. XXXII¹²⁷), preceito este que foi, inclusive, incorporado como regulamentador da própria atividade econômica (art. 170, V¹²⁸).¹²⁹

¹²⁵ Idem, p. 48. De fato, a importância é evidente e que interessa a toda humanidade, eis que, inegavelmente, hoje, de alguma forma, todos encontram-se em condição de consumidores. Somente se imaginarmos alguém nas condições de Robinson Crusóe antes de encontrar seu companheiro Sexta-Feira, não estaria sujeito a uma relação de consumo. Nos dias atuais, não se consegue conceber ninguém que pudesse ser auto-suficiente, não necessitando de seus semelhantes, e que fosse capaz de produzir todos os produtos e serviços de que necessitasse. De alguma forma, em alguma coisa, todos somos consumidores e, por isso, ainda que um produtor ou fornecedor de serviço possa estar limitado em seus direitos nesta nova forma de contratação, tem interesse direto que haja esta tutela, pois lhe será por demais importante, em sua própria proteção naquilo que consumir de outrem, onde, sua posição, de fornecedor, será a de consumidor. Mesmo o maior produtor, dono da maior quantidade e diversidade de empresas, não deixará de ser, em algum momento de seu dia a dia, consumidor.

¹²⁶ ADA PELLEGRINI GRINOVER (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 10), uma das autoras do Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, reconhece a influência alienígena sobre a legislação pátria. De fato, declara a autora que: *A maior influência sofrida pelo Código veio, sem dúvida, do Projet de Code de la Consommation, redigido sob a presidência do professor Jean Calais-Auloy. Também importante no processo de elaboração foram as leis gerais da Espanha (Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Lei 261/1984), de Portugal (Lei 29/81, de 22 de agosto), do México (Lei Federal de Protección al Consumidor, de 5 de fevereiro de 1976) e de Quebec (Loi sur la protection de Consommateur, promulgada em 1979).*

¹²⁷ **Art. 5º. ...**

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor:

¹²⁸ **Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

...

V – defesa do consumidor;

¹²⁹ Parece claro que, estes dois dispositivos, aliados à ao ditame do art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, são o tripé constitucional que fundamenta o dirigismo contratual nos contratos de consumo, legalizam e dão validade à intervenção.

REYNALDO ANDRADE DA SILVEIRA¹³⁰, lembra que a proteção do consumidor já existia em nossa regulamentação, mas sempre através de normas esparsas, como a Lei de Usura (Decreto 22.626/33), a Lei de Economia Popular (Lei 1.521/51), Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico (Lei 4.137/62), entre outras. Mas, efetivamente, a proteção somente se tornou eficaz com a elaboração e publicação da Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que definiu e pôs em prática a política nacional de proteção da relação de consumo.¹³¹

Mas esta nova regulamentação não criou uma nova norma e nem revogou a tradicional regulamentação contratual, mas, ao contrário, somou-se às normas já existentes (tanto do Código Civil quanto do Código Comercial), sendo específica somente para as hipóteses que se enquadrem nos chamados contratos de consumo.

Por isso, parece completamente equivocada o posicionamento firmado por ADALBERTO PASQUALOTTO, para quem *o Código de Defesa do Consumidor é lei especial que derroga o Código Civil e outras leis – o que se pode chamar de Direito Comum – no que diz respeito a uma espécie de negócios jurídicos: as relações de consumo*¹³². O que houve foi, em realidade, uma adequação, ou, como esclarece PAULO LUIZ NETO LÔBO:

Presente a relação de consumo, o direito e a legislação contratuais comuns passam a ter uma função meramente supletiva.

*Não há, a rigor, contratos diferenciados no Código de Defesa do Consumidor. Os contratos são os mesmos do direito comum. A Nota distintiva é a função que assumem de suporte das relações de consumo, cobrando regime jurídico próprio.*¹³³

¹³⁰ SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. *Práticas Mercantis no Direito do Consumidor*, p. 65-68.

¹³¹ MARIA ANTONIETA ZANARDO DONATO (op.cit., p. 21-23), igualmente, reconhece a existência destas leis, mas que, somente de forma indireta, acabavam proteger o consumidor, mas não como categoria diferenciada. Estas normas, mais de caráter administrativo e penal se demonstravam de difícil aplicação (em especial pela dificuldade de se comprovar os delitos pelos fabricantes ou comerciantes e, ainda, pela demora e dificuldade de se recorrer à proteção judiciária), e que acabavam por se esquecer de um ponto fundamental para a perfeita proteção, ou seja, a satisfação pessoal do consumidor.

¹³² PARQUALOTTO, Adalberto. *Conceitos Fundamentais do Código de Defesa do Consumidor*, in RT 666, p. 48.

¹³³ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Contratos no Código do Consumidor: Pressupostos Gerais*, in RT , p. .

Como se vê, em realidade, quer parecer que, ao invés de modificar os contratos já existentes, criou normas específicas, onde procurou o legislador re-equilibrar a relação de consumo, com maior proteção à parte mais débil na relação, a fim de que este não estivesse sujeito aos ditames da parte mais forte e, principalmente, afeto aos riscos que os produtos e serviços pudessem vir a ocasionar. Como esclarece ADALBERTO PASQUALOTTO, *o Código, portanto, deixa claro a que veio. Seu intuito é refazer o equilíbrio dessa relação, em que, quase sempre, alguém age por interesse frente a outrem, que atua por necessidade.*¹³⁴

2.2. Conceitos Fundamentais

Para que se possa dar continuidade ao presente trabalho, parece indispensável a conceituação de alguns elementos inerentes ao contrato de consumo e, por conseguinte, do odontólogo, a fim de poder elucidar a responsabilidade civil destes profissionais nas obrigações de meio e de resultado.

Os conceitos de *odontólogo, obrigação de meio e obrigação de resultado*, por questões metodológicas, entendemos ser mais conveniente serem tratados posteriormente, sendo que, para este capítulo, serão conceituados os elementos principais do contrato de consumo, ou seja, os conceitos de *consumidor, fornecedor, relação de consumo, produto, serviço e profissional liberal*.

2.2.1. Consumidor

O conceito de consumidor iniciou-se a partir da concepção econômica, onde se entende que o consumidor é o destinatário da produção de bens. Embora

¹³⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. Op. cit., p. 49.

este conceito não seja suficiente para a análise do CDC, efetivamente, não se poderia desprezá-la a fim de estabelecer o conceito jurídico.

Mas o conceito jurídico não pode partir de uma situação específica, pois a relação de consumo, nos dias atuais, é, por demais ampla¹³⁵. Por isso, na acepção jurídica, o conceito de consumidor pode ser analisado sob dois prismas:

*Eis que, para a ciência jurídica o estudo do “consumidor” possui basicamente dois escopos: um que considera o consumidor enquanto categoria, e por isso merecedor da tutela jurídica; e outro enquanto um dos participantes de uma relação jurídica de consumo.*¹³⁶

Embora possa ser reconhecido que toda definição possa ser perigosa, mormente em se tratando de um conceito legislativo, o ponto de partida obrigatório é o estabelecido pelo legislador, através do art. 2º do CDC:

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

Entretanto, vê-se que toma por base um dado fático (intervir na relação de consumo), o que faz deste conceito insuficiente para se estabelecer a abrangência do CDC, eis que, em seu *caput*, somente abraçou somente uma das vertentes da análise jurídica, uma vez que estabelece o conceito de consumidor padrão (também denominado *standart* ou *stricto sensu*), sendo este, portanto, quem adquire o produto ou serviço como destinatário final.

¹³⁵ ANTONIO HERMEN V. BENJAMÍN (*O Conceito Jurídico de Consumidor*, in RT 628, p. 70), destaca: *Pensamos que, de fato, há consumidores e consumidores! Por trás da estratificação social, das diferenças em poder aquisitivo, das várias capacidades de receber e digerir informações e, por último, das necessidades não coincidentes, pode-se vislumbrar uma área de identificação ampla fragmentada, sim – não particularizada ao indivíduo-consumidor ou ao grupo-consumidor, mais ou menos homogênea para toda a coletividade indeterminada de consumidores. As contradições interpessoais e de classe não modificam a identificação de um interesse típico do consumidor, que consistiria na expectativa de todos os consumidores de receberem produtos e serviços de boa qualidade, a preços justos e com informação adequada sobre os mesmos. É que o consumidor, para efeitos jurídicos, se caracteriza mais pela destinação que dá ao bem do que pela qualidade ou valor do bem em si.*

¹³⁶ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. Op. cit., p. 44.

Critica MARIA ANTONIETA ZANARDO DONATO o conceito, mas ressalta que três elementos se revelam claramente destacados no conceito legal de consumidor padrão:

Observando-se o conceito fornecido pela lei, verifica-se que o legislador pátrio, ao conceituar o consumidor, buscou, mormente, defini-lo em seu elemento teleológico, isto é, condicionando a sua existência à prática de um ato, qual seja a aquisição ou a utilização do produto ou serviço, que deverá ser sempre realizado tendo em vista a sua qualidade de destinatário final, ou seja, visando a retirá-lo do mercado, ultimando a sua função no ciclo produtivo.

...

Compõe-se, dessa maneira, o conceito emanado do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, pela conjugação do elemento subjetivo (sujeito): pessoa física ou jurídica; do elemento objetivo (objeto) produtos ou serviços; e do elemento teleológico (finalidade): caracterizado pela destinação a ser conferida ao produto ou ao serviço, que será sempre finalística, opondo-se, pois, à comercialização, revenda ou qualquer outra destinação intermediária que possa ser conferida ao produto ou serviço.¹³⁷

No que tange ao elemento subjetivo, quis claramente o legislador abranger todo e qualquer sujeito de direito que possa ser o destinatário final, não havendo o porque limitar-se a pessoa física somente, abrangendo também a pessoa jurídica e, porque não, as próprias entidades despersonalizadas, tal como ocorre com a massa falida ou mesmo o condomínio.

O elemento objetivo (produto ou serviço), é o bem fornecido ao consumidor e que lhe traz satisfação, e que será analisado adiante (itens 2.2.3 e 2.2.4).

Já no que se refere ao elemento teleológico (finalidade), destaca claramente que o objeto deve ser adquirido com o intuito de ser destinatário final. Não pode ser utilizado como insumo para a produção de outros bens que serão comercializados (mantidos na cadeia produtiva), como, por exemplo, a aquisição de tinta para fabricação de brinquedos.¹³⁸

¹³⁷ Idem, p. 65-66.

¹³⁸ Parece importante, neste sentido, estabelecer o limite deste entendimento, pois, MARIA ANTONIETA ZANARDO DONATO destaca duas posições doutrinárias, uma finalista e outra maximalista. Para a primeira, destinatário final seria, não só quem adquirisse o produto como destinatário final (destinatário fático), sendo imprescindível, também, a finalidade econômica, ou seja,

Outro conceito de consumidor é o conceito coletivo, estabelecido pelo parágrafo único do art. 2º. do CDC. Neste dispositivo, o legislador reconheceu a necessidade da tutela dos interesses difusos e coletivos, de todos os que, ainda que não sejam diretamente quem celebrem o ato negocial (contrato), sejam destinatários finais do bem, tal como as pessoas que consomem o bolo de uma festa.

Um outro conceito de consumidor é aquele que não realiza um ato contratual de consumo, mas que assim são considerados por equiparação legal (arts. 17 e 19 do CDC¹³⁹).

Os consumidores equiparados são aqueles que são afetados pelo acidente de consumo.¹⁴⁰ São os denominados consumidores *bystanders*. Portanto, para que seja considerado consumidor basta tão somente que tenham seu patrimônio diminuído em razão de um produto ou serviço, cuja responsabilidade, nos termos do CDC, seja imputável ao fornecedor.¹⁴¹

Em verdade, são somente vítimas, mas que, para fins de proteção legal pelo acidente de consumo, são equiparados a consumidores, sendo-lhes assegurado os mesmos direitos, tal como aqueles que celebraram diretamente o contrato de consumo.

Novamente toma-se por base um dado fático, como ressalta ADALBERTO PASQUALOTTO:

não estar adquirindo o bem para utilização profissional. Já em relação à segunda, basta somente a realidade fática, ou seja, quem retira o produto da cadeia produtiva e o consome (op. cit., p. 90-92).

¹³⁹ **Art. 17.** Para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

¹⁴⁰ Há que se ressaltar que, embora seja de difícil existência, quiçá somente admissível no âmbito teórico, mesmo na relação de consumo realizado com os profissionais da odontologia, também seria possível admitir-se o consumidor *bystanders*. De outro lado, os consumidores por equiparação, na forma do art. 29, são evidentemente tutelados pelo CDC.

¹⁴¹ Como destaca MARIA ANTONIETA ZANARDO DONATO (op. cit., p. 195): *Mostra-se suficiente que a vítima, para que seja equiparada ao consumidor, tenha sido atingida em sua esfera jurídica pelos efeitos do acidente de consumo, interessando à perquirição que ora se almeja, o conhecimento de que a pessoa foi atingida em sua incolumidade físico-psíquica ou em sua incolumidade econômica.*

Importa, única e tão-somente, o fato de ter sido atingida. Ou seja, ter seu patrimônio diminuído em decorrência de um evento danoso que foi provocado pelo produto e que a responsabilidade é imputada ao fornecedor. O simples fato de a pessoa ter sido atingida pelo acidente de consumo apresenta-se como pressuposto básico, a princípio, para que haja a sua inclusão na categoria de vítima equiparada a consumidor.

*O dado fático está mais nítido no conceito extensivo de consumidor, que protege os utentes. Não há entre eles e o fornecedor nenhum vínculo direto, nem mesmo relação contratual fática ou contrato social. Todavia eles estão protegidos na hipótese de um acidente de consumo.*¹⁴²

A segunda forma de vítima equiparada é a estabelecida pelo art. 29 do CDC, ou seja, todo aquele que, ainda que não celebre a relação contratual, esteja sujeito às práticas comerciais vedadas pelo legislador por contrárias ao interesse legislativo, quer seja na fase pré-contratual (como os sujeitos a propaganda enganosa ou abusiva) ou mesmo contratual (sujeitando-se a cláusulas abusivas, por exemplo). Como ressalta SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA são aqueles que, ainda que não sejam partes no contrato, mas que *podem vir a ser*.¹⁴³

Importante salientar é que, como observa ANTONIO HERMEN V. BENJAMIN¹⁴⁴, em qualquer destas formas legislativas (quer seja do consumidor padrão, *bystander*, coletivo ou de outra forma equiparado), o conceito de consumidor fica sem sentido se não o tomarmos em contraposição a alguém. Deste modo, somente será considerado consumidor se analisado em oposição ao fornecedor em uma relação de consumo.

2.2.2. Fornecedor

Fornecedor advém do francês *fournir, fournisseur*, que significa *todo comerciante ou estabelecimento que abastece ou fornece habitualmente uma casa ou um outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessárias a seu consumo*.¹⁴⁵

¹⁴² PARQUALOTTO, Adalberto. Op. cit., p. 50. No entanto, o grande problema da adoção do proteção do chamado consumidor *bystander*, decorre da amplitude que pode causar. Neste sentido, SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA (*Responsabilidade Civil do Fabricante pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro*, p. 69): *A dificuldade encontrada consiste em delimitarmos a extensão da responsabilidade frente a uma vítima não consumidora (bystander). Conforme Ugo Carnavalli, é certo que o fabricante de um veículo com freios defeituosos é o responsável frente ao consumidor e ao pedestre envolvido no acidente. Mas será ele responsável pelo choque nervoso sofrido por um espectador do acidente?*

¹⁴³ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Op. cit., p. 70.

¹⁴⁴ BENJAMIN, Antonio Hermen V. Op. Cit., p. 72.

¹⁴⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito *et alli*. *Código de Defesa do Consumidor*, p. 35.

Não foi esta a concepção adotada pelo CDC, como claramente se vê da definição legal estabelecida no art. 3º, *caput*, do CDC:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.

Por este conceito, nota-se claramente que o legislador quis a maior abrangência possível à noção de fornecedor, desde a fase de concepção até o momento final da relação econômica (o contrato de consumo, propriamente dito), tudo com o fito de maior proteção possível ao ressarcimento dos danos experimentados pelo consumidor, em qualquer de suas concepções. Mesmo o problema de extraterritorialidade foi resolvido pela norma, eis que, sendo o produto importado, responderá o importador, nos termos da proteção do CDC.

Não se excluíram sequer as Pessoas Jurídicas de Direito Público, que também estão sujeitas às normas protetivas desta tutela especial.

Ao preferir o termo fornecedor, o legislador optou por uma expressão de caráter genérico, englobando todas as atividades destacadas no dispositivo legal acima citado, é todo *agente econômico que exerce suas atividades em caráter profissional e permanente*.¹⁴⁶

Como se vê, um ponto parece imprescindível para a caracterização de fornecedor, ou seja, a atividade econômica exercida com habitualidade. PAULO VASCONCELOS JACOBINA ressalta esta condição, argumentando que: *a lei fala daqueles que desenvolvem atividades, e não dos que praticam atos eventuais. A própria noção de atividade pressupõe a habitualidade, para sua caracterização*.¹⁴⁷

Desta forma, somente seria enquadrado no conceito de fornecedor aquele que fornecesse um produto ou serviço na condição de profissional, vale

¹⁴⁶ ROCHA, Antonio do Rego Monteiro. *Código de Defesa do Consumidor – Desconsideração da Personalidade Jurídica*, p. 99.

¹⁴⁷ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A Publicidade no Direito do Consumidor*, p. 60.

dizer, quem exerce esta atividade com fito habitual e lucrativo (ou seja, com intuito de obter ganho, ainda que de forma indireta), ficando excluídos, portanto, quem a desempenhe como forma esporádica ou sem intuito de lucros, de forma meramente beneficente.¹⁴⁸

Não diferenciou o legislador a questão de produtor final ou intermediário, como o fizeram outras legislações. Desta forma, é de reconhecer que, para fins de proteção, todos serão solidariamente responsáveis perante o consumidor (a teor do art. 7º., parágrafo único, do CDC).

2.2.3. Produto

Segundo o que determina o legislador, *produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial* (art. 2º, § 1º, do CDC).

A expressão, novamente genérica, diferencia-se de bem jurídico, conceito mais amplo e com a qual, portanto, não se confunde.¹⁴⁹

JOÃO MARCELO DE ARAÚJO JÚNIOR esclarece o termo:

No Código de Defesa do Consumidor, a palavra “produto” é empregada em sentido econômico, como “fruto da produção”. Produto é, portanto, um bem. Algo elaborado por alguém, com o fim de coloca-lo no comércio, para satisfazer uma necessidade humana.¹⁵⁰

¹⁴⁸ À guisa de esclarecimento, parece importante ressaltar que as chamadas amostra grátis não estão excluídas das normas do CDC, eis que, em realidade, estas tem fito econômico indireto, ou seja, angariar uma quantidade maior de clientes e, futuramente, aumentar os ganhos. Quando se fala em exercer a atividade sem intuito econômico, estão somente aqueles que exercem um serviço ou produzem um bem, só com o intuito do bem fazer, nada esperando deste ato. De igual maneira, também estão excluídos aqueles que, embora pretendam obter um ganho, praticam um ato do qual não são profissionais. Poderia ser citado como exemplo, um juiz que, tendo comprado um carro, posteriormente, o vende com lucro. Este contrato deverá ser regulado pelas normas do Código Civil, como contrato entre particulares, e não como relação de consumo. Neste sentido, veja-se ADALBERTO PASQUALOTTO (op. cit., p. 52-53).

¹⁴⁹ Muito embora JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO entenda que, para compreensão da expressão haverá de se entender, para fins do CDC, como sinônimos (op. cit., p. 40). Segundo referido autor: *Desta forma, e até para efeitos práticos, dir-se-ia que, para fins do Código de Defesa do Consumidor, produto (entenda-se “bens”) é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinada a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final.*

¹⁵⁰ Apud MARINS, James. *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto*, p. 79.

Desta maneira, tudo quanto seja apropriado ou transformado pelo homem (material ou intelectual), com existência própria e reconhecida pelo ordenamento, que possam ser apropriados e que tenham valor econômico, e que sejam colocados à disposição do comércio, haverá de ser entendido como produto.

2.2.4. Serviço

Por serviço, segundo regulamentação normativa, há que se entender *qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as relações de caráter trabalhista* (art. 2º, § 2º, do CDC).

O conceito de serviço é ainda mais complicado e a definição legislativa é mais confusa do que conclusiva, pois, o serviço se constitui como qualquer prestação fornecida a outrem serviria para enquadrar-se neste conceito, tanto um fazer, não fazer ou mesmo a obrigação de dar, desde que lícitos. Na prestação de serviços engloba-se, na realidade, a conduta do indivíduo, ou seja, atividade criadora ou modificadora do profissional. A partir do serviço (fazer ou não fazer) surgirá algo novo ou modificado a partir dele (sendo que o resultado, caso se trate de um bem corpóreo, deverá, por regra, ser entregue ao consumidor).

JEAN CALAIS-AULOY, destaca:

*A noção de serviço é mais vaga, designa toda prestação que pode ser fornecida a título oneroso, não sendo, todavia, um bem corpóreo. Um serviço pode ser material (reparação, hotelaria, transporte, etc.), financeiro (seguro, crédito, etc.), ou intelectual (médico, assessoria jurídica, etc.).*¹⁵¹

¹⁵¹ *Apud* DONATO, Maria Antonieta Zanardo. Op. cit., p. 117.

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, por sua vez, entende como serviços *podem ser considerados atividades, benefícios ou satisfações que são oferecidos à venda.*¹⁵²

Como se vê, toda e qualquer prestação decorrente de uma atividade humana e que só existe em decorrência da própria intervenção do fornecedor (ou mais precisamente é a própria intervenção) será entendido como serviço, tanto podendo ser um serviço prestado por um particular, ou mesmo por um ente público. Agora, independentemente do sujeito que o presta, um elemento se faz indispensável para a incidência do CDC, e que é imposto pelo próprio legislador, ou seja, a remuneração (quer dizer, a finalidade econômica, pois mesmo o serviço gratuito, quando realizado com intuito de angariar clientela, não deixaria de manter a característica de relação de consumo).

Este elemento é tão importante que fez TOSHIO MUKAI entender que, para caracterizar-se como serviço nos termos do CDC, *basta que a atividade desenvolvida seja remunerada, ainda que “esporádica” e não habitual*¹⁵³. Esta, no entanto, não parece ser a melhor solução, pois, embora tenha o legislador estabelecido claramente a necessidade da remuneração para a caracterização da prestação de serviços de uma relação de consumo, o teria feito simplesmente para diferencia-lo dos serviços gratuitos e beneméritos, e não com o fito de se vincular toda e qualquer prestação de serviços remunerado. De fato, não se poderia esquecer jamais que, para se caracterizar a condição de fornecedor, imprescindível seria a habitualidade, e não só o intuito econômico. Por isso, quer nos parecer que, em realidade, somente estão sujeitos ao regime do CDC aqueles que são prestadores de serviço e que fazem desta atividade fonte regular de rendimento.

Engloba duas espécies de locação (desde que prestadas de forma profissional), tanto a locação de serviço (onde o elemento preponderante é o serviço prestado e a qualidade com que será praticado) quanto a empreitada (para a qual tem-se em vista o resultado final, a obra concluída nos termos contratados), sendo

¹⁵² FILOMENO, José Geraldo Brito. Op. cit., p. 40.

¹⁵³ *Apud* MARINS, James. Op. cit., p.83.

que, em qualquer uma delas, aplicar-se-ia o CDC, diferenciando-se somente por se tratar de uma obrigação de meios ou de resultados.

2.2.5. Relação de Consumo

Segundo TERCIO SAMPAIO FERRAZ¹⁵⁴, fundado nas lições de KELSEN, a relação jurídica é o ponto de confluência entre os sujeitos a partir da norma prescrita, uma relação entre normas, o sentido normativo da conduta. Já no entender de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *é vínculo que impõe a submissão do objeto ao sujeito. Impõe a sujeição de um a outro. Mas não existe relação jurídica entre o sujeito e o objeto. Somente entre pessoas é possível haver relações, somente entre sujeitos, nunca entre o ser e a coisa.*¹⁵⁵

Como não se poderia entender uma relação jurídica exclusivamente a partir do plano normativo (a não ser no aspecto puramente teórico), a posição deste último parece mais adequada, pelo que, deve ser entendido como relação jurídica o vínculo que une um sujeito a outro em face de um objeto juridicamente tutelado.

*Ao contrário do que fez anteriormente, em nenhum momento o CDC estabeleceu um conceito para a relação de consumo. No entanto, esta poderia ser entendida como a relação que vincula fornecedor-consumidor, em decorrência de uma atividade com finalidades de consumo (desde a fase pré-negocial até a reparação pelos danos causados)*¹⁵⁶. Como salienta ROBERTO SENISE LISBOA:

Somente haverá relação jurídica de consumo se, de forma cumulativa:

- a) em um dos pólos da relação se encontrar sujeito de direito ou ente despersonalizado que venha a se enquadrar na situação jurídica de fornecedor;*
- b) no outro pólo da relação se encontrar sujeito de direito que venha a se enquadrar na situação jurídica de consumidor;*
- c) o objeto mediato da relação jurídica for um produto ou serviço.*

¹⁵⁴ FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 165-166.

¹⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I, p. 28.

¹⁵⁶ ODETE NOVAIS CARNEIRO QUEIROZ (*Da Responsabilidade por Vícios do Produto ou Serviço*, p. 89), entende que a relação de consumo haveria de se entender como o *liame que se forma entre o fornecedor (lato sensu), de um lado, e o consumidor, de outro.*

Ausente algum desses requisitos, a relação jurídica em questão não será de consumo, porém de outra espécie (civil, comercial, administrativa, trabalhista, tributária).

O legislador viu por bem fixar as noções em tela, pouco importando, contudo, o objeto imediato (o ato ou negócio jurídico em si do qual o vínculo se reveste) da relação jurídica em questão.¹⁵⁷

Não se trata, portanto, somente daquela relação contratual que vincula fornecedor-consumidor, mas toda relação, decorrente de negócio jurídico ou de ato ilícito, e que é tutelado, portanto, pelo CDC.

2.2.6. Profissional Liberal

Em continuidade à matéria, estabelecido, ainda que superficialmente a idéia de responsabilidade civil e seu fundamento, afigura-se como essencial a apresentação de alguns conceitos essenciais, mormente para a exata compreensão a respeito da responsabilidade civil do profissional liberal.

De início, há que se partir do gênero, para depois incidir sobre as espécies. Por isso, a primeira noção a ser esclarecida, decorre do exato conceito do que é um profissional.

O profissional é aquele que exerce uma profissão, sendo esta entendida como *atividade ou ocupação especializada, e que supõe determinado preparo*, ou, ainda, *meio de subsistência remunerado resultante do exercício de um trabalho ou um ofício.*¹⁵⁸

Assim, profissional é aquele que exerce uma atividade especializada, servindo esta como meio de subsistência remunerada, decorrente de seu trabalho ou ofício.

¹⁵⁷ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*, p. 292-293.

¹⁵⁸ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*, p. 531.

Dentre os profissionais, diferenciam-se aqueles que exercem sua atividade, sob as condições estabelecidas pelo art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁵⁹, que definem o conceito de empregado, sendo requisitos para esta forma a prestação de serviços com habitualidade ao empregador, sob remuneração e subordinação deste.

Diferente situação vive aquele que exercita sua atividade sem a presença de um destes elementos, imprescindíveis à qualificação de empregado e regido pelas normas da CLT, pois estes, embora considerados como trabalhadores e profissionais, não são empregados.

Neste sentido, AMAURI MASCARO DO NASCIMENTO, leciona que *se todo empregado é necessariamente trabalhador, nem todo trabalhador será sempre empregado.*¹⁶⁰

Estes profissionais, excluídos da relação de emprego, enquadram-se na condição de trabalhadores autônomos, assim entendido como aquele que trabalha de forma solitária, sem existência de subordinação técnica e econômica, prestando serviços de natureza eventual, sendo sua remuneração paga pelo tomador do serviço prestado.

Quanto à regulamentação do trabalhador autônomo, ao contrário do trabalhador empregado, é a de uma relação de locação (de serviços ou empreitada), na forma do Código Civil (arts. 593 a 626).

A par dos conceitos já estabelecidos, de profissional e trabalhador autônomo, o conceito que mais nos interessa é o de profissional liberal, em especial o que o distingue dos demais profissionais.

O termo liberal tem origem na expressão latina *liberalis*, de *liber*, que significa livre.

¹⁵⁹ Art. 3º. Considera-se empregado, toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário.

¹⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 293.

Tem-se entendido, de forma geral, que enquadrado na condição de liberal, aquele profissional *de nível superior caracterizado pela inexistência de qualquer vinculação hierárquica e pelo exercício predominantemente técnico e intelectual de conhecimento*.¹⁶¹

JORGE MOSSET ITURRASE, assim qualifica a atividade:

*Por lo común el profesional se obliga a prestar servicios, sobre la base de os conocimientos científicos que posee, poniendo en el cumplimiento de la tarea encomendada la diligencia y el cuidado que la misma requiere, atento "a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar."*¹⁶²

À mesma conclusão chegou a colega ROSILENE TERESINA DE PAIVA, para quem:

*São considerados profissionais liberais os que exercem profissão que exija diploma de curso superior expedido por escola oficial ou reconhecida. A respectiva profissão é regulamentada, só a podendo exercer o portador de diploma ou, por exceção, o provisionado, desde que previsto na legislação.*¹⁶³

O exercício desta atividade, portanto, é caracterizado pela preponderância de elementos intelectuais, ou seja, conhecimentos técnicos específicos. Por vezes, questiona-se a necessidade de diploma universitário como elemento distintivo desta condição, o que, na verdade, embora se tratando de uma característica geral, não seria um pressuposto indispensável, pois, para tanto, bastaria uma atividade eminentemente intelectual (daí poder decorrer a equiparação a denominação *profissional intelectual*), e um título de habilitação para o exercício desta atividade, na forma regulamentar.¹⁶⁴

¹⁶¹ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. ob. cit., p. 531.

¹⁶² ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por Daños*. Parte General, t. 1, p. 346.

¹⁶³ PAIVA, Rosilente Teresinha. *Responsabilidade Civil do Profissional Liberal*. Monografia apresentado em conclusão do Curso de Mestrado da UEM, 1997, p. 17.

¹⁶⁴ Exemplo claro disto, seria a condição das professoras primárias, habilitadas com o título de magistério, decorrente da conclusão do 2º grau. Neste mesmo sentido, NELSON NERY JÚNIOR, entende como profissional liberal, todo aquele que exerce *profissão em nível universitário ou não, exercendo atividade científica ou artística* (sem grifos no original). In NERY JÚNIOR, Nelson, e NERY Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Anotado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, p. 1359.

Mas não se pode generalizar o conceito, pois nem toda atividade que utiliza de determinados conhecimentos próprios à sua profissão, pode ser caracterizado como sendo liberal, pois o aspecto intelectual deve ser o elemento preponderante¹⁶⁵.

VIVIANE COELHO DE SÉLLOS, neste mesmo sentido, ressalta que:

*... verdadeiramente, o que distingue a profissão liberal é, principalmente, que seu exercício depende de conhecimentos técnicos, acadêmicos ou universitários (fazendo-se depender da exibição de um título de habilitação para a profissão que exerça ou pretenda exercer) e seu êxito deriva da capacidade e dedicação do profissional.*¹⁶⁶

Insta salientar, por fim, o fato de que não se confundem os conceitos de profissional liberal e profissional autônomo, pois o fato de estar alguém trabalhando por conta própria, sem subordinação, torna-o autônomo, mas não o torna irrefutavelmente liberal, salvo se presentes os requisitos essenciais para tanto.

OSCAR IVAN PRUX¹⁶⁷, exemplifica alguns profissionais que podem exercer atividades de caráter eminentemente intelectuais e sem vínculo empregatício e, ainda que se enquadrem na condição de autônomo, não se identificam como liberais, tais como vendedores, encanadores, eletricitas, pedreiros, etc., assim como, ainda, salienta que o profissional liberal não necessita exercer, de forma autônoma sua atividade para caracterizar-se como tal, pois a autonomia não é requisito para sua categorização.

Nem mesmo a vinculação a uma relação de emprego poderia desnaturar a atividade e, portanto, a própria conceituação de profissional liberal, e,

¹⁶⁵ Do contrário, acarretaria o obrigatório entendimento de que, para o exercício de qualquer atividade profissional, seria indispensável algum conhecimento técnico, até mesmo para atividades preponderantemente braçais, como a utilização de uma máquina ou um caminhão.

¹⁶⁶ SÉLLOS, Viviane Coelho de. *Responsabilidade do profissional Liberal pelo Fato do Serviço no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, RDC v. 10, p. 149.

¹⁶⁷ PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor*, p. 108-109.

muito embora NELSON NERY JÚNIOR¹⁶⁸, em sentido contrário, embora reconheça que a autonomia é regra geral ao profissional liberal, entende que o exercício de atividade mediante vínculo empregatício e subordinação hierárquica, descaracteriza sua condição de profissional liberal, parece equivocado seu entendimento, uma vez que a relação de emprego desnaturaria sua condição de profissional autônomo, e não de profissional liberal, conceito absolutamente distintos.

ROSILENE TERESINHA DE PAIVA ressalta:

Via de regra, o critério para aferição de se tratar ou não de profissão liberal é o legal, ou seja, será considerada liberal aquela profissão que assim vier definida em lei. Caracteriza-se pelo desempenho de um trabalho intelectual ou técnico, para cujo exercício dependa da expedição de diploma de uma instituição de ensino superior. Profissional liberal é então, o prestador de serviço, que sobrevive de sua própria mão-de-obra, cujos conhecimentos técnico e científico tenham sido adquiridos através da conclusão de curso de nível superior.

Nada obsta que, no desempenho da atividade liberal, o profissional trabalhe sob regime jurídico diverso. Pode celebrar um contrato de trabalho, neste caso, laborando como empregado, ou prestar serviços, individualmente, como autônomo, restando, ainda, a possibilidade de trabalhar em grupo, formando uma sociedade.¹⁶⁹

Muito embora a autonomia seja uma prática, ao menos teoricamente, mais aguardada para o profissional liberal (o médico com seu consultório, o advogado com sua banca de advocacia, o engenheiro com seu escritório), por vezes, pode o mesmo exercer sua atividade contratado por outra pessoa (física ou jurídica), atuando na condição de empregado, regido e regulamentado pela forma da CLT, o que não lhe retira a condição de profissional liberal, embora não seja considerado autônomo.¹⁷⁰

Desta forma, é tratado o profissional liberal, ao menos no entender deste trabalho, como aquele que exerce sua atividade remuneradamente, sendo

¹⁶⁸ NERY JÚNIOR, Nelson, e NERY Rosa Maria Andrade. Op. cit., p. 1359.

¹⁶⁹ PAIVA, Rosilente Teresinha de. Ob. Cit., p. 32.

¹⁷⁰ Como visto acima, tendo se originado a expressão liberal do latim *liber*, que significa livre, parece um contra-senso entender-se que o profissional liberal possa ser empregado, pois nesta relação, prevalece o requisito de subordinação. No entanto, entendemos que esta é a melhor forma de se entender a condição do profissional liberal, até mesmo pelas conseqüências referentes à responsabilidade civil, na forma com que concluímos e se verá adiante. Reconhecendo esta possibilidade, remetemos à obra de OSCAR IVAN PRUX, acima citada, p. 109, bem como às definições constantes de alguns dicionários jurídicos, como o DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário*

elemento caracterizador e distintivo a predominância do elemento intelectual derivado de formação específica, regularmente habilitado para o exercício de sua profissão.

2.3. Responsabilidade Subjetiva do Profissional Liberal

A relação do profissional liberal para com seu cliente, é, tipicamente, uma relação de consumo, visto tratar-se de uma relação existente entre um fornecedor de serviços, que faz desta atividade sua fonte de remuneração, e o cliente que recebe estes serviços (desde que na condição de destinatário final).

Como visto alhures¹⁷¹, a relação de consumo é regido pela regra geral da responsabilidade civil do fabricante ou fornecedor, salvo se expressamente se dispuser em contrário.

Tal é a situação do profissional liberal, onde o § 4º, do art. 14, claramente dispõe sobre a necessidade de discussão e comprovação da culpa do profissional, para a sua responsabilização, quando prescreve: *a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa.*

Por isso, fica evidente que, no caso de responsabilidade civil dos profissionais liberais¹⁷², a responsabilidade é subjetiva, somente incidente no caso de demonstração de culpa.

Jurídico, v. 3, p. 467, e TOSTES MALTA, Cristóvão Piragibe, e MAGALHÃES, Humberto Piragibe, *Dicionário Jurídico*, v. II, p. 779.

¹⁷¹ Capítulo I, item 4.

¹⁷² Como apresentado anteriormente, aqui se revela importante a distinção feita entre profissional liberal e autônomo, pois ao profissional liberal aplica-se a regra do art. 14, § 4º, de responsabilidade só no caso de existência de culpa, enquanto para o autônomo (e só aquele que, embora detenha esta condição, não se enquadre como liberal, como pode ser o caso do encanador), a responsabilidade pelos serviços realizados é objetiva.

Mas o legislador teve suas razões para a distinção desta espécie de serviços, devido às peculiaridades próprias da relação do profissional liberal para com seus clientes (consumidores).

Um dos motivos principais que fundaram a modificação da relação de consumo, deveu-se à própria mudança da relação de comércio, onde, a partir da Revolução Industrial, pede-se o caráter pessoal que havia entre o produtor e o consumidor, relação esta que se dava numa direta proporção de conhecimento e confiança, decorrente da pessoalidade do trato passa a modificar-se, pois o fabricante incorpora as inovações tecnológicas, e a produção passa a ser em série, muito mais direcionada aos interesses do próprio fabricante do que do consumidor, em especial relevando o interesse econômico de lucros.

Com isso, cada vez mais o consumidor vê-se fragilizado em relação ao fornecedor, o que fez com que surgisse a necessidade de se estabelecer uma defesa diferenciada para seus interesses, de modo a equilibrar a relação de consumo, na forma de outrora, o que se dá com a intervenção do Estado nestas relações, iniciada entre as décadas de 50 e 60, nos Estados Unidos, e que culminaram, no Brasil, com a promulgação da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, para proteção deste polo do processo.¹⁷³

Ocorre que a relação existente entre o consumidor e o profissional liberal encontra-se, em sua grande maioria, ainda regulamentada pela forma tradicional da relação de consumo, eis que ainda se firma na pessoalidade do trato entre profissional e cliente.

Este caráter de pessoalidade é uma das causas fundamentais para a contratação, onde é imanente a relação de confiança do consumidor em relação ao profissional, como observa OSCAR IVAN PRUX, que enfaticamente leciona que

¹⁷³ NELSON NERY JÚNIOR, lembra que *em atenção ao art. 1º da Res. da ONU, de 9.4.1985, a norma comentada (art. 4º, do CDC) reconheceu o consumidor como a parte mais fraca na relação de consumo. Assim, para atender ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, caput), o CDC criou vários mecanismos para fazer com que se possa alcançar à igualdade real entre fornecedor e consumidor, pois isonomia significa tratar desiguais na exata medida de sua desigualdade. In ob. cit., p. 1653. (parêntese nosso)*

*quando se trata de escolher um profissional liberal, o fator confiança é preponderante.*¹⁷⁴

Este profissional liberal, até mesmo pela personalidade com que se dá a prestação do serviço, impõe-lhe uma restrição quanto ao seu próprio desempenho, pois limita sua atividade a um montante de serviços diretamente proporcional às suas próprias forças, diferentemente do que ocorre com as empresas em geral, onde a produção em massa, facilitada pelas inovações tecnológicas, produz cada vez mais, para ganhar cada vez mais.

A própria diferença econômica (hipossuficiência econômica), que é elemento preponderante para o reconhecimento da fragilidade do consumidor em relação às empresas, desaparece em consideração com o profissional liberal, que, não raro, é, economicamente, mais frágil do que o consumidor.

Por fim, o próprio fundamento que caracteriza a liberalidade de sua profissão, que é o fato de seu serviço ser decorrente de seu conhecimento científico e intelectual, impõe uma relação absolutamente diferenciada, pois os conhecimentos técnicos e científicos são totalmente sujeitos a efeitos externos, imprevistos e imprevisíveis, face ao conhecimento da época e, é pelo conhecimento que se paga, não podendo ser imposto ao profissional a responsabilidade pela deficiência do conhecimento em determinado período histórico em que esteja enquadrado.¹⁷⁵

Foi em decorrência destas situações peculiares, é que o profissional liberal teve este tratamento diferenciado pelo legislador, devendo ser entendido como correta a atitude e a proteção

¹⁷⁴ PRUX, Oscar Ivan, ob. cit., p. 47.

¹⁷⁵ Ressalvamos, aqui, o fato de que o profissional, no entanto, não se elide de responsabilidade pelo fato de não atualizar seus conhecimentos, pois a evolução científica atualmente é infinitamente superior ao que ocorria em épocas anteriores, e os meios de comunicação estão facilmente ao alcance de todos. Por isso, se o dano decorrer de desconhecimento por negligência do profissional, ou seja, por que o mesmo não tenha incorporado as novas alterações da ciência, não constituídas como muito recentes e, portanto, ainda não divulgadas com amplitude, e que sejam significativas, a ponto de modificar o resultado, haverá culpa e, portanto, obrigação de reparar o dano.

Mas esta preferência no tratamento somente se aplicará ao profissional liberal para o caso de estar o mesmo executando serviços ou atividades ligadas à sua própria profissão (entendida como profissão liberal), pois, do contrário, a responsabilidade seguirá a regra geral do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, de responsabilidade objetiva.

Tome-se como exemplo, advogado que só exerça esta profissão no período vespertino, e, no período matutino e noturno, trabalhe como marceneiro em uma loja de sua propriedade. Muito embora deva ser reconhecido como profissional liberal (face à sua condição de advogado), somente quando a indenização tiver por fundamento atividade decorrente de sua atuação como advogado é que haverá a necessidade de comprovação da culpa, pois, sendo decorrente de serviço de carpintaria realizado, responderá objetivamente, pois não relacionado à atividade liberal que também exerce.

Esta responsabilidade civil subjetiva do profissional liberal (mormente para os casos dos profissionais da área de saúde), não teve uma modificação significativa, eis que segue a regra tradicional do sistema brasileiro (fundado na necessidade do elemento culpa), e do próprio Código Civil, onde o profissional, única e exclusivamente será responsabilizado se comprovada a existência de culpa.

Ocorre, no entanto, que esta posição é questionada em diversos pontos, mas em especial no que se refere ao profissional que está trabalhando para outras pessoas, na condição de empregado, do art. 3º, da CLT.

Segundo uma parcela considerável da doutrina pátria, se o profissional é vinculado a outra pessoa (física ou jurídica), na condição de empregado em uma relação trabalhista, a regra do art. 14, § 4º não seria a ele aplicável, perdendo o privilégio, respondendo, portanto, objetivamente.¹⁷⁶

Data venia, o entendimento parece equivocado, pois a responsabilidade civil instituída em seu favor teve como elemento preponderante

¹⁷⁶ Neste sentido NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, ob. cit., p. 1664.

não só sua condição de liberal, mas a própria atividade que desenvolve, eminentemente intelectual, e que, como se viu, está sujeito a influências não relativas as deficiências do conhecimento.

Além disso, mesmo que este argumento fosse refutado, é de se notar que parágrafo 4º, do art. 14, é textualmente claro no sentido de que *a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa*.

Ora, sempre responderá mediante constatação de culpa, independentemente do modo com que exerça sua atividade, se de forma autônoma ou em relação de emprego, pois, como visto, estes dois conceitos não se confundem nem modificam a idéia de liberalidade, que detém outros elementos que o caracterizam.

Por isso, não se pode falar que o profissional liberal responderá objetivamente, mas sempre subjetivamente, ou seja, mediante existência de culpa de sua parte, ou a ele imputável, não podendo confundir-se com a posição de seu empregador, este sim, respondendo objetivamente, independentemente de sua culpa (pois não enquadrado pela exceção do Código).

A situação, exemplificando-se, seria a seguinte: um médico, contratado por um hospital, caso o remédio que venha a ser utilizado no tratamento seja defeituoso (ou falsificado), sem a ciência de qualquer das partes envolvidas, o médico não responderia em hipótese alguma, pois não houve culpa de sua parte, diferentemente do que ocorre com o hospital, que, respondendo objetivamente, assume o risco e se responsabiliza pelo dano.^{177 178}

¹⁷⁷ ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN menciona este exemplo, e, quanto à sua solução, é preciso ao afirmar que *o Código é claro ao asseverar que só para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalha em hospital, responderá apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apreciada objetivamente*. BENJAMIN, Antonio Hermen de Vasconcellos e. *Comentários ao código do Consumidor*. P. 80).

¹⁷⁸ Nesta hipótese, é dispensável a análise de direito de regresso, que é uma relação posterior à indenização a que teria direito o consumidor, e que foge à alçada deste trabalho.

2.4. Implicações da Exceção do art. 14, § 4º

A única e fundamental implicação da exceção estabelecida pelo art. 14, § 4º, do CDC, é exatamente aquilo que se encontra estabelecido em seu conteúdo, ou seja, de diferenciá-lo no tratamento da responsabilidade civil, exigindo, para o surgimento do dever de indenizar, a existência do elemento culpa, visto sua responsabilidade, por atos praticados em sua atividade profissional, ser eminentemente subjetiva.

Mas a norma é uma regra de exceção, e como tal deve ser entendida e interpretada, não se alargando o conceito e aplicação a outras atividades que não a dos profissionais liberais, e nem mesmo elastecendo os benefícios, a ponto de se entender que estariam estes imunes às regras do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, que a ele e suas relações profissionais, não se aplicariam nenhuma das regras estabelecidas pelo Código.

A regra excepciona somente a questão do elemento subjetivo culpa exclusivamente para o profissional liberal, diferenciando sua situação em relação à regra geral do Código de Defesa do Consumidor, devendo estar comprovada a existência da culpa na atividade do profissional liberal, sob pena de não responder por eventuais danos que possam existir.

Porém, esta é a exceção e, se pode assim ser chamado, o “benefício” estabelecido pelo legislador, mas todas as demais normas do Código de Defesa do Consumidor podem e devem, dentro do possível e necessidade, serem aplicados em sua integralidade, pois para estes não há exceção prevista.

ANTONIO HERMEN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, com propriedade, esclarece que:

O Código, em todo o seu sistema, prevê uma única exceção ao princípio da responsabilidade objetiva para os acidentes de consumo: os serviços prestados por profissionais liberais. Não se introduz sua irresponsabilidade, limitando-se o dispositivo legal a afirmar que a apuração de responsabilidade

*far-se-á com base no sistema tradicional baseado em culpa. Só nisso são eles beneficiados. No mais, submetem-se, integralmente, ao traçado do Código.*¹⁷⁹

Assim sendo, o profissional liberal poderá ter seu contrato impugnado, entendendo haver em seu conteúdo, cláusulas abusivas, na forma do arts. 51 e seguintes do CDC, práticas abusivas (art. 39), ou mesmo ser responsabilizado por publicidade enganosa ou abusiva, caso realize o ato com violação das regras do art. 37 e seus parágrafos, do mesmo diploma.

Em outras situações, ainda, as proteções especiais ao consumidor estabelecidas pelo CDC, deverão ser aplicados com muito mais rigor, como é o caso da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), o qual, para o caso do profissional liberal, poderia ser entendido quase como uma regra, face à hipossuficiência técnica daquele, que, por regra, existe nestas relações.¹⁸⁰

De igual maneira, não se poderia entender estendido o benefício da responsabilidade subjetiva àqueles não enquadrados como profissionais liberais, respondendo os demais membros da relação de consumo, ainda que o dano tenha derivado de um tratamento médico do profissional liberal, como o médico.

Neste sentido, novamente nos socorremos dos ensinamentos de ANTONIO HERMEN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, que leciona:

*... A norma excepcional isenta do standart de responsabilidade objetiva tão-só o próprio serviço prestado pelo profissional liberal. Continuam respondendo objetivamente os fornecedores de produtos e serviços utilizados pelo profissional liberal. Qualquer defeito em um deles sujeitará o seu fornecedor (desde que não seja o profissional liberal) à responsabilização objetiva.*¹⁸¹

Enfim, o Código de Defesa do Consumidor vige e deve ser aplicado integralmente à relação estabelecida exclusivamente entre o profissional liberal e

¹⁷⁹ In ob. cit., p. 79.

¹⁸⁰ NELSON NERY JÚNIOR, escreve que o ônus da prova da regularidade e correção na prestação do serviço deve ser, de ordinário, carreado ao profissional liberal. A ele compete provar que agiu corretamente, dentro da técnica de sua profissão e que não causou dano ao consumidor. Incide, na hipótese, o CDC, 6º, VIII. NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, ob. cit., p. 1664.

¹⁸¹ BENJAMIN, Antonio Hermen de Vasconcellos e, ob. cit., p. 80.

seu cliente, só havendo de ser ressalvada a responsabilidade que pesa sobre o profissional, que, no caso é subjetiva e só a ele aplicável, por expressa disposição legal.

Capítulo 3

3. PROFISSIONAIS LIBERAIS DA ÁREA DA SAÚDE

3.1. Campo de Atuação e Importância

Inegável a importância dos profissionais envolvidos com a área de saúde, dos quais se destacam principalmente os médicos, responsáveis por uma série de obras dedicadas ao estudo de sua responsabilidade civil, mas que não constituem a unicidade dos sujeitos que integram esta área, que envolvem, ainda, farmacêuticos, odontólogos, parteiras, entre outros.

Estes profissionais, mais do que envolvidos com uma relação de prestação de serviços, estão vinculados a uma relação que tem por objeto o maior bem de qualquer indivíduo, que é a sua própria vida e sua integridade física e orgânica, ou seja, sua saúde do indivíduo e sua sanidade.

A idéia de saúde pode ser decorrente de seu próprio conceito: *a palavra saúde (do latim salute) significa estado em que o ser orgânico exerce normalmente suas funções.*¹⁸²

Estes profissionais envolvidos com a área de saúde já eram observados e respeitados a muito tempo, havendo relatos históricos sobre sua prática desde os primórdios da humanidade, mas, naquela época, a sua função era tido com um caráter mítico. MIGUEL KFOURI NETO, esclarece que naquela época *o médico não era considerado um especialista em determinada matéria, mas sim um mago ou sacerdote, dotado de poderes curativos sobrenaturais.*¹⁸³

Mesmo naquela época, era cedo o entendimento de que a responsabilidade civil destes profissionais da área da medicina (do qual a

¹⁸² ARAÚJO, André Luis Maluf de. *Responsabilidade Civil dos Cirurgiões-Dentistas.*, p. 158.

¹⁸³ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*, p. 30.

odontologia derivou, como se verá adiante), era eminentemente subjetiva, ou seja, fundada na culpa como elemento indispensável, havendo traços desta situação desde o Código de Hamurabi.¹⁸⁴

Famosa é a passagem do texto de Ulpiano (D., 1, 18, 6, 7), que prescreve: *sicut medico imputari eventus mortalitatis, non debet, ita quod per imperitiam commisit ei debet.*¹⁸⁵

Sua conduta é evidentemente diferenciada, sendo puramente científica e que envolve um risco muito grande, já que cuida do maior patrimônio de um indivíduo, ou seja, sua vida e saúde. Assim como merecem respeito os profissionais desta área, em igual proporção, devem ser fiscalizados, pois, efetivamente, podem deter um verdadeiro poder de vida e morte para com seus clientes.

Mas a análise de sua atividade deve ser feita de forma diferenciada, sob pena de inviabilizar a própria profissão que, efetivamente, é imprescindível nos dias de hoje (mais ainda do que em períodos remotos), dada a incidência cada vez maior de doenças antes desconhecidas, e a fragilidade cada vez maior que nosso organismo tem se revelado.

A solução a ser adotada deve ser sempre a mais adequada à situação da relação entre este profissional e o paciente (esquecendo-se um pouco a reparação do dano), de forma com que haja a reparação do dano, mas regulamentada de tal maneira que não acabe por tornar impossível ou inviável a prática desta atividade.

¹⁸⁴ MIGUEL KFOURI NETO, esclarece que nesta legislação, havia a exigência da máxima cautela no procedimento pelo médico, com penas severas para o caso de imperícia ou má-prática, podendo decorrer penas corporais para o caso de dano causado nestas condições. Menciona, ainda, a situação do Egito, onde haveria um livro sagrado do procedimento dos médicos e que se, ocorrendo o evento danoso, com a comprovação de que teria sido observado o procedimento na forma estabelecida, haveria isenção de punição. *In ob. cit.*, pp. 31 e 34.

¹⁸⁵ MAGALHÃES, Tereza Ancona Lopez de. *Responsabilidade Civil do Médico*, in Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência, Yussef Said Cahali, coord., p. 309, que nos apresenta a tradução do texto na seguinte forma: *assim como não se deve imputar ao médico o evento da morte, deve-se imputar a ele o que cometeu por imperícia*. MIGUEL KFOURI NETO, baseado em JORGE MOSSET ITURRASPE, traz tradução diferente, mas de conteúdo próximo, no seguinte sentido: *assim como não*

Deverá ser regulada de tal modo que o paciente fique resguardado de erros cometidos pelo profissional, mas que dê segurança a este último, para dar continuidade à sua atividade, sem o receio de ser condenado a uma indenização, por vezes, absurda. Imagine-se uma cirurgia, que, por sua própria natureza, sempre importa risco para o paciente, e, a ocorrência de qualquer dano poderá acarretar dever de indenizar.

Disto, deve-se atenuar algumas considerações a respeito da responsabilidade civil a respeito dos profissionais desta área, de forma que podemos sustentar que a estes, *sempre deverá incidir responsabilidade civil subjetiva*, não sendo admissível falar-se em responsabilidade civil objetiva.

Tome-se como exemplo o próprio risco, que fundamenta a responsabilidade civil objetiva, esta é elemento sempre presente na atividade dos profissionais da área de saúde e, sendo objetiva, ainda que o profissional agisse com toda cautela, mas o mal que se tentava evitar, viesse a ocorrer, haveria obrigação de reparar o dano.

Por isso, sempre haverá que se considerar a conduta do agente para fins de reparação, importando, daí, responsabilidade subjetiva, e, se demonstrado que o agente da área de saúde, observou todas as suas obrigações no proceder, os chamados deveres, que serão analisados no ítem seguinte, não se poderia falar em dever de reparar dano.

3.2. Deveres do Profissional Médico

A primeira distinção importante que se deve fazer ao determinar o estudo da atividade profissional do médico é estabelecer qual o serviço que o mesmo realiza, primeiro ponto nodal que deve ser esclarecido.

O profissional da área de saúde, em especial o da área médica, como atividade preponderantemente intelectual, de conhecimentos, e, por isso, reconhecidamente liberal, firma um compromisso e um dever de prestar seus serviços, utilizando todos os seus conhecimentos, com observância da melhor forma e zelos possíveis no tratamento do enfermo ou paciente, não se vinculando, no entanto, com a sua cura.

Deste modo, está o profissional da área de medicina, vinculado a utilizar-se de todos os meios e recursos de que dispõe física e intelectualmente, e que sejam recomendáveis ao conhecimento científico de sua profissão para o tratamento do enfermo, ficando a cura a cargo das reações variáveis que o tratamento pode acarretar, por vezes elementos estranhos à sua função, e que, na antigüidade, era considerada mítica, atribuída aos deuses.

Esta atividade e todo o misticismo que lhe é inerente, pode ser retratada pela frase de AMBRÓSIO PARÉ, citado por JOSÉ DE AGUIAR DIAS¹⁸⁶, que sobre a função, dizia que *Je les pansey, Dieu les guarit.*¹⁸⁷

A cura é algo que não poderia (ou não deveria) o médico prometer a seu paciente, pois muitas vezes atribuído à graça de Deus, que julgava se deveria ou não proceder à cura do enfermo. RUY ROSADO DE AGUIAR¹⁸⁸ menciona citação parecida com a preceituada por AMBRÓSIO PARÉ, mas que traz a idéia da influência divina muito mais arraigada em seu contexto, quando expressa: *Je le soignais. Dieu le guérit ... s'il le jugeait opportun.*¹⁸⁹

O profissional que se compromettesse com a cura, seria um tolo, pois estaria, com isto, vinculando-se ao resultado.

imprudência. In ob. cit., p. 33.

¹⁸⁶ DIAS, José de Aguiar. ob. cit., p. 257.

¹⁸⁷ Tradução do autor: ***Eu lhe medico, Deus lhe cura.***

¹⁸⁸ AGUIAR, Ruy Rosado de,

¹⁸⁹ Neste texto, cujo início é similar ao preceituado por AMBRÓSIO PARÉ, em seu encerramento, expressa que a cura deriva de Deus, *se ele lhe julgar merecedor.* Parece ainda mais evidente que a incerteza da cura é atribuída a forças superiores às do médico, que somente pode contribuir com seus serviços, prestando-os de forma zelosa, ficando o resultado, se satisfatório ou não, por conta do destino.

Tem-se entendido, segundo a doutrina de JOSÉ DE AGUIAR DIAS, que o profissional médico em seu dever de tratamento, está vinculado a uma série de obrigações, que o autor divide em três modalidades: de conselhos, de tratamento e, por fim, evitar a prática de abusos (até mesmo em consideração com a situação de hipossuficiência técnica que caracteriza seu paciente, em relação ao profissional).

3.2.1. Conselhos

O dever de conselho da seguinte situação: o médico (e o profissional da área de saúde), é obrigado a orientar seu paciente, ou a pessoa que dele cuida, sobre o tratamento e todas as consequências que podem advir do tratamento ou de sua não realização, sendo que a omissão de tal dever, acarreta responsabilidade dos danos que advierem em decorrência (nexo de causalidade) desta omissão.

Esta obrigação é expressa no caso dos médicos e também no caso dos odontólogos, imposta por seus respectivos códigos de ética, mas, independentemente desta regulamentação normativa, de sua própria atividade e da confiança que ela pressupõe.

Não se exige que haja descrição minuciosa e técnica do procedimento a ser adotado e de todas as consequências que se pode esperar, mas deve orientá-lo, ou aos membros de sua família que possam entender, sobre os riscos da atividade.

De igual maneira, é de se entender que, em determinadas situações, o profissional poderá omitir algumas informações, analisado o caso concreto, sempre que isso se demonstrar aconselhável em decorrência da condição do paciente (já que a influência psíquica pode afetar a condição do paciente), mas deverá comunicar a verdade a algum membro da família, por medida de cautela.

A informação é necessária a fim de que o paciente possa realizar a opção do tratamento, ciente de suas conseqüências, assumindo para si, ou aceitando que pese sobre si, os riscos do serviço que vai se realizar e que, como dito, na área de saúde, estará sempre presente.

Para o tratamento de medidas arriscadas, o consentimento do paciente ou de um seu familiar, será sempre de se pressupor, somente dispensável nos casos em que o não se possa colher este consentimento, como no caso de menores sem representantes legais, ou daqueles tratamentos emergenciais, onde o risco decorrente da espera não pode ser relegado. Analisa-se o elemento preponderante: entre um bem maior (vida, por exemplo), e outro bem qualquer (um dedo, ou uma vista).¹⁹⁰

Como regra geral, o consentimento isenta o profissional de responsabilidade, desde que este próprio consentimento não possa ser impugnado, por defeito de manifestação, ou por informações insuficientes do profissional da área médica, ou qualquer outro modo que invalide a manifestação, como assim quando o consentimento tenha sido validamente manifestado, mas cujo tratamento seja desumano ou abusivo (como se verá adiante), caso em que é manifestamente inaceitável o consentimento.¹⁹¹

Mas, mesmo que o consentimento seja inválido ou inaceitável, não importa obrigatoriamente em responsabilidade do profissional, mas sim que, haverá de ser analisado caso a caso, a fim de se verificar a presença do elemento culpa, que é preponderante e imprescindível no caso do profissional liberal.

¹⁹⁰ JOSÉ DE AGUIAR DIAS, ressalta uma importante situação, que é a do suicida, onde a vontade do agente é absolutamente irrelevante, ainda mais porque contrária ao próprio tratamento, mas que se justifica em consideração ao bem tutelado, a vida. *In ob. cit.*, p. 263.

¹⁹¹ PONTES DE MIRANDA, escreve que: *observe-se ainda que o consentimento não afasta a responsabilidade do médico por seus erros, ou descuidos, inclusive quanto ao diagnóstico, tanto mais quanto o cliente ou pessoa atendida em caso de acidente pode somente ter consentido porque o médico lhe expôs erradamente, ou de má fé (e.g., para ganhar o dinheiro da operação), o que seria a sua doença.* *In PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante de. Tratado de Direito Privado. t. 53, p. 436.*

3.2.2. Cuidados

No que se refere aos deveres de cuidado do profissional, estão incluídos os atos omissivos e comissivos do agente, pois poderá ser responsabilizado caso deixe de prestar seus serviços, quando obrigado, desatendendo, assim, seus deveres funcionais, o que o faz incidir sempre em culpa, podendo, portanto, ser responsabilizado por eventuais danos.

Pode ser responsabilizado, também, no caso de prestar informações dadas em decorrência de sua profissão, na relação de atendimento entre as partes, face à falta contra o dever de sigilo, de tal forma severa, que não pode infringi-la, ainda que sirva de testemunha em juízo.¹⁹²

O médico não pode deixar de prestar os seus serviços a seu cliente (enquanto tal), mas pode recusar-se a prestar serviços a quem não o seja, ficando somente vinculado a um problema ético, a ser resolvido pelo órgão de classe, sem prejuízo de eventual aspecto penal, caso esta não intervenção tenha sido feita a pessoa em perigo, quando se caracterizará omissão de socorro.

Na parte de cuidados, devemos atentar para as seguintes fases do mesmo: diagnóstico, escolha de técnica, tratamento e acompanhamento.

Diagnóstico - constitui-se como sendo o momento em que o profissional analisa as informações que lhe são prestadas pelos exames realizados (laboratoriais), bem como pelo próprio paciente e/ou familiares, identificando o mal que perturba a saúde do enfermo.

Como característica de sua própria atividade, não pode ser punido pelo diagnóstico errôneo, salvo se decorrente de culpa. Somente será punido no caso de erro grosseiro na interpretação dos dados apresentados pelos exames, documentos e informações.

¹⁹² Neste sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante de. ob. cit., p. 437.

Em ocorrendo erro de diagnóstico justificado pelo erro nos exames realizados, informações imprecisas dadas pelo paciente ou outra causa que acabem por induzir o profissional a interpretar equivocadamente a doença, não cabe contra si responsabilidade, eis que a culpa não lhe pode ser imputada.

Sua atividade, como profissão liberal, é caracterizada pelo conteúdo intelectual, logo, se seus conhecimentos são precisos, e sua interpretação correta ante ao que se lhe apresentou, não é responsável pelo resultado ao qual foi induzido a acreditar. A responsabilidade, neste caso, será daquele de onde houver derivado a informação defeituosa, ou do responsável pelo exame, documento, ou mesmo do próprio paciente.

Mesmo quando houver erro, mas este for aceitável, em face do que se apresenta, pois haverá de se analisar as condições de trabalho do próprio médico ou odontólogo. Por exemplo, se houverem duas doenças com sintomas comuns, e que somente possa ser identificado com um exame raro, não existente na cidade ou mesmo no Estado, e uma destas doenças estar em epidemia no local, o diagnóstico como sendo esta é presumível, e o eventual erro justificável, pois a falibilidade da atividade é um risco inerente.

Somente o erro decorrente de deficiência de conhecimentos mínimos da profissão, desconhecendo a enfermidade, ou acarretando não poder identificar a doença, e simplesmente presumindo uma, ou de negligência do profissional (não solicitando exames complementares, que poderiam ter apontado para o mal), é que podem acarretar responsabilidade civil ao profissional por erro de diagnóstico, ou seja, uma falha grave e não justificável em face das condições do caso em concreto.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ensina:

... tem sido admitido que o "erro de diagnóstico" não é culposo (Malaurie e Aynès, loc. Cit.), mas atrai a responsabilidade do médico "no momento em que não teria sido cometido por um profissional prudente, colocado nas mesmas condições externas do defendente" (Mazeaud, nº 501).¹⁹³

¹⁹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 151.

Escolha da técnica - A escolha da técnica consiste em optar o profissional pelo método que se vai utilizar para o tratamento do paciente. Deve ser escolhido o meio mais adequado à solução do problema, e que cause o menor malefício ao paciente, ou cujos riscos sejam os menores possíveis.

De início, há que se destacar o fato de que a escolha da técnica, assim como o próprio tratamento devem ser analisados em decorrência do diagnóstico realizado, eis que é com base nele que se dá a escolha e todo o tratamento.

Disso decorre que, se houve erro de escolha e, conseqüentemente, do próprio tratamento, em decorrência de erro de diagnóstico, haverá que se observar o que foi acima ressaltado, ou seja, se o erro era ou não justificável, pois se não o for, a responsabilidade civil decorre desde aquele momento, mas, se justificável, a escolha deve estar adequada ao diagnóstico realizado.

O que se pretende com a afirmativa acima, é esclarecer que, a escolha da técnica deve ser analisada isoladamente, independentemente do mal que realmente aflige ao paciente, mas em direta proporção ao diagnóstico realizado. Assim, haverá de se entender que, face ao diagnóstico efetuado (independentemente de seu acerto), o tratamento era ou não adequado.

Isto vem de uma lógica natural, pois se o diagnóstico foi decorrente de um erro justificável, e como a escolha será feita com base nele, a conclusão é de que, mesmo que não produza resultado desejado (e normalmente não o produzirá), sendo o a escolha adequada ao diagnóstico realizado, inexistente dever de reparar danos.

Note-se, não se pretende afirmar a irresponsabilidade do médico pela escolha, pois se o próprio diagnóstico for decorrente de erro injustificado, já por este motivo haverá dever de reparação do dano.

Desde que o profissional tenha realizado a opção mais adequada ao diagnóstico (e aqui não se perquiri do caso concreto), escolhendo o método mais indicado à solução do problema detectado, isento estará de responsabilidade.

A escolha, no mais das vezes, é realizada a partir de conhecimentos do profissional, que deve relevar o binômio risco-benefício, a fim de optar pelo método que trará melhores benefícios ao paciente, desde que os riscos sejam aceitáveis, e em face das condições do local e da própria condição do profissional, analisando-se neste sentido os equipamentos existentes à sua disposição no local onde dar-se-á o tratamento.

A bem da verdade, a escolha deverá relevar todos os elementos que circundam a relação, já que podem influir sobre ela as condições econômicas do paciente, idade, sexo, condições de saúde, urgência, entre tantos outros, a serem apurados caso a caso.

O problema do consentimento do paciente é ponto importante, eis que a regra geral, aqui também se impõe necessário, decorrente do dever de informação, tendo ciência dos males e benefícios que cada tratamento pode gerar, o paciente pode escolher o método que mais se adeque às suas necessidades e interesses.

Entretanto, pela natureza da atividade médica, optando ele pelo método mais adequado, ainda que contrário à vontade do paciente, sendo ela correta, não poderá ser responsabilizado. Nesta escolha, deverá ele sempre realizar uma opção pelo bem de maior importância. Assim, se tiver de amputar um membro para salvar a vida do paciente, ainda que este se oponha, poderá realizar o ato, sem medo de reflexos patrimoniais contra si.

Outra questão a ser abordada, seria a escolha de métodos experimentais, que devem ser repelidos, salvo se houver concordância do paciente, e não houver outro meio de solução possível, do contrário, caracterizar-se-ia como abuso do profissional, como se verá adiante.

Tratamento - O tratamento constitui-se como o procedimento adotado na busca do resultado pretendido pelo paciente. São os atos que se materializam naquele sentido.

O tratamento é resultado direto do diagnóstico e da escolha realizada pelo profissional, pois constitui-se como a execução dos atos inerentes à escolha efetuada.

Na análise do tratamento, novamente entendemos que o seu estudo deve ser entendido isoladamente, a partir da escolha, ainda que inadequada (se inadequada, a responsabilidade incidiria já naquele momento, sendo dispensável falar-se dela neste momento). O que se deve ter em vista é a aplicação correta do tratamento, segundo os critérios de conhecimento e dos materiais existentes à disposição do profissional.

O profissional tem o dever de executar, da melhor maneira possível (pois sua obrigação é de meios), os atos inerentes àquele tratamento, como são exigidos pela técnica da profissão, não podendo negligenciar nenhum ato, praticá-los de forma errônea (e aqui parece não caber aquela distinção de erro justificável), e, ainda, realizar somente os atos necessários ao tratamento.

Uma observação importante, é no sentido de que, se houve negligência em realização de um ato (omitido), ou praticado indevidamente, parece que a consequência é que não haverá dever de indenizar, pois inexistiria dano a ser reparado.

Mas, no caso de prática de atos desnecessários, se cobrados, ainda que o resultado do tratamento seja satisfatório, evidentemente há culpa do profissional e o dever de indenizar os danos ocasionados (e, neste caso, há que se ressaltar o fato de que, não fossem necessários, mas podendo ser aconselháveis, talvez como forma preventiva, a regra aqui estabelecida não teria efeito).

Acompanhamento - Importante observar que a obrigação do médico não se esgota com o fim do tratamento, pois remanesce o dever de acompanhar a recuperação do

enfermo, de forma a poder averiguar a satisfatoriedade do tratamento que, se inadequado, imporá outras modalidades atos de tratamento.

Deixando o médico de acompanhar o paciente, age negligentemente, respondendo no caso de sequelas decorrentes deste ato culposo, que poderiam ser evitadas caso houvesse referido acompanhamento.

3.2.3. Evitar Prática de Abusos

O médico não pode utilizar-se do paciente e da necessidade e confiança que este deposite em sua pessoa e serviços a fim de utilizar o ser humano como objeto de pesquisas, ou para implantação de técnicas ainda não reconhecidas ou até mesmo desaconselháveis. PONTES DE MIRANDA, com propriedade, ressalva que *tratamento contra as indicações da ciência é ato ilícito*.¹⁹⁴

Como ensina JOSÉ DE AGUIAR DIAS¹⁹⁵, se funda no princípio de que o corpo humano é matéria de ordem pública, e não pode ficar ao sabor da vontade das partes.

Por isso, os tratamentos devem ser os recomendáveis, sendo vedado os experimentos médicos sobre o indivíduo, salvo se expressamente autorizados (por meio de consentimento validamente manifestado, após integral informação sobre os riscos do tratamento), e que se justifiquem ao caso concreto, como medida extrema para tentativa de solucionar o caso, pois, se possível outro meio cientificamente comprovado e cujas seqüelas sejam menores, analisado proporcionalmente ao risco.¹⁹⁶

¹⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante de., ob. cit., p. 436.

¹⁹⁵ DIAS, José de Aguiar, ob. cit., p. 263.

¹⁹⁶ Pode-se citar como exemplo o caso do médico que, vendo sua paciente esvaindo-se em sangue, tentadas todas as formas de estancar a hemorragia no coração, fez cessar a perda de sangue colando o órgão. Esta atitude foi reprovada por alguns colegas de profissão, mas salvou a vida de sua paciente. Quer parecer claro que não poderá jamais se falar em indenização, pois embora a cola possa causar um problema por sua toxicidade, foi salva a vida da paciente, bem muito maior do que algum efeito colateral decorrente da substância (poderia ressaltar-se esta afirmativa caso o paciente

Existindo tratamento experimental cujo risco não se justifique, estaremos diante de um abuso da atividade e, portanto, sujeitando o profissional ao dever de reparar o dano que advenha, ainda que haja consentimento, pois, neste caso, não se poderia falar em ter o paciente assumido o risco, ainda mais quando movido por falta de informação ou situação emergencial, tendo sido sua vontade movida por desespero ou outra forma que a tenha influenciado.

WALTER BLOISE, entende que *o médico não tem direito de tentar experiências médicas sobre o corpo humano, exceção dos casos de necessidade em razão de males que ameaçam de morte o paciente* (e ainda assim, só com autorização).¹⁹⁷

Novamente, a análise caso a caso é que vai apontar para a existência de abuso ou não. Por exemplo, uma traqueotomia a uma pessoa que está sufocando-se na rua feita com uma caneta. Se se tratava do único instrumento de que dispunha o médico naquele instante, não há abuso, mas se ele poderia realizar a mesma intervenção com objetos mais adequados (um bisturi em sua mala, por exemplo), se deste ato decorrer dano, está obrigado a indenizar.

3.3. Natureza da Prestação de Serviços

3.3.1 Contratual e Extracontratual

Estar-se-ia, assim, diante de um contrato, pois trata-se de uma situação onde, normalmente, o paciente procura o profissional para que lhe trate e acertam, tanto honorários, como condições em que se dará a prestação de serviços (escolha de tratamento), e supostamente, o objetivo estabelecido como meta desejável (pois não se poderia, ou não se deveria, falar em resultado a ser alcançado, mas, quando muito, pretendido, pois em sua atividade, o médico nunca

tivesse seqüelas muito graves, como a vida vegetativa, onde o bem atingido não justifica o mal que dele decorreu).

deveria comprometer-se a um resultado que pode variar conforme existência de situações sobre os quais não pode influir).

Não obstante, não se pode negar que o profissional da área médica, por vezes, pratica atos, não decorrentes de contrato, e que, portanto, não pode ser tratado como sendo de natureza contratual.

Tal é a hipótese do profissional que, vendo uma pessoa sufocando-se na rua, em situação de perigo à sua vida e já desfalecida, socorre este enfermo e lhe salva através de uma traqueotomia imediata. A hipótese, tipicamente, é de natureza extracontratual, pois, entre as partes, não existiu contrato, assim entendido o acordo de vontades tendente a criar uma relação jurídica obrigacional, pois a pessoa desmaiada não pode contratar.

Quanto à responsabilidade extracontratual, esta, evidentemente, é regulada pela responsabilidade aquiliana, analisada sob o ponto de vista de atividade na qualidade de profissional liberal e, portanto, somente respondendo por culpa.

Ora, se o profissional utilizar-se de todos os meios de que dispuser no momento em que realiza a prestação de serviços, com os meios adequados, sem exacerbar o seu grau de capacitação e conhecimento, utilizando-se dos meios recomendáveis pela técnica científica do momento, ou seja, observando os limites de seus deveres profissionais, parece claro que não poderá ser responsabilizado. Para que haja sua responsabilidade, por ser subjetiva, deverá obrigatoriamente estar presente o elemento culpa, em qualquer de suas modalidades. Sua atividade será sempre considerada como de meios.

Diferente é a análise da prestação de serviços quando decorrente de um contrato válido entre as partes.

¹⁹⁷ BLOISE, Walter, *A Responsabilidade Civil e o Dano Médico*, p. 90.

De início, há que se ressaltar que, quanto à contratação, prevalecem as regras do Código de Defesa do Consumidor, inclusive no que se refere à interpretação das cláusulas a seu favor, como ainda, proibição de cláusulas e condições abusivas. Não valerá, também, cláusula de irresponsabilidade, vigorando as regras da profissão.

A contratação, sendo pessoal, terá análise, inclusive, dos motivos determinantes da escolha do profissional, pois, se decorrentes de propaganda feita de forma abusiva ou enganosa, levando o paciente a um entendimento incorreto sobre o tratamento, haverá responsabilidade do profissional.

Mas o contrato que se firma entre as partes envolvidas em um tratamento de saúde (área de medicina), mesmo que de caráter eminentemente estético, será sempre de prestar o profissional os seus serviços da maneira mais adequada e condizente com as técnicas do momento, inclusive apresentando as condições e consequência que podem influir no tratamento (dever de informação).

Não está obrigado e nem se vincula a resultados, salvo se isso houver sido expressamente estabelecido no contrato, como obrigação do profissional (e que, como dito, embora desaconselhável, contratualmente é possível), tornando a relação similar à empreitada, onde, se o resultado não for alcançado, haverá responsabilidade do profissional por descumprimento contratual, respondendo pelos danos que vier a causar.

Não se vinculando a resultados, sua atividade será de utilização dos meios adequados, ficando com a obrigação de respeitar seus deveres profissionais (acima descritas), e observadas estas, o contrato estará satisfeito e não existirá obrigação de reparar o dano.

3.4. Responsabilidade Civil por Atos Próprios e de Terceiros

De ordinário, o profissional responde pelos atos que pratica, decorrendo daí que a responsabilidade deste se dá, por regra, por atos próprios. Por estes, responderá sempre que, culposamente, causar prejuízos a outrem, face à inobservância de seus deveres profissionais.

No entanto, há que se observar que o profissional liberal poderá responder ao seu cliente pelos atos praticados por outrem, incidindo, neste caso, a presunção de culpa em seu desfavor.

É que, como leciona ALVINO LIMA, *os membros das profissões liberais desenvolvem suas atividades profissionais, não só pessoalmente, como através do concurso de auxiliares de categoria diversa.*¹⁹⁸

TERESA ANCONA é enfática em dizer que *em princípio, responde esse profissional por fato de terceiros que estejam diretamente sob suas ordens.*¹⁹⁹ Se não houver esta vinculação direta, não se pode falar em responsabilidade.²⁰⁰

Responderá nesta forma, por exemplo, quando o dano for praticado por funcionário do profissional, no exercício de seu trabalho, ou um preposto, como outro médico, por ele designado (dois pontos revelam esta responsabilidade, pela culpa *in eligendo*, e em face de ser a atividade deste profissional uma atividade *intuitu personae*²⁰¹).

Parece claro, portanto, que a responsabilidade por atos de terceiro é possível, mas o principal problema com que se têm debatido a doutrina e jurisprudência pátria, é quanto a responsabilidade civil do chefe de equipe em uma cirurgia, em relação a um ato praticado por um dos membros da equipe.

¹⁹⁸ LIMA, Alvino. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*, p. 107.

¹⁹⁹ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. P. 316.

²⁰⁰ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Responsabilidade Civil*, p. 78.

²⁰¹ Por esta razão, VIVIANE COELHO DE SÉLLOS, adverte que esta modificação do profissional só será possível com a permissão do contratante. In ob. cit. p. 144.

Sobreleva-se a questão dos membros que a compõe e sua escolha, pois, se estes forem determinados pelo chefe da equipe, efetivamente será responsabilizado por culpa *in eligendo*, mas, se a escolha decorrer do próprio paciente, quanto a este o mesmo não se responsabiliza.

No entanto, a constante especialização com que vem se destacando a medicina e outros ramos da área de saúde, e as intervenções cada vez mais elaboradas, por vezes, envolvendo diversas especialidades, tende a desaparecer a idéia do chefe de equipe, pois cada profissional especialista tende a ser responsável por sua parte exclusivamente, não se vinculando à atividade do outro, e, por isso, não sendo responsabilizável pelos atos deste, e nem impondo responsabilidade a outros em decorrência de seus atos.

É um corolário natural do princípio da culpa que vige plenamente nas atividades dos profissionais liberais da área de saúde, onde só se a ele puder ser imposto culpa é que poderá vir a ser obrigado a reparar o dano, e, sempre que esta culpa inexistir, ao menos em alguma de suas modalidades reconhecidas, não se pode falar em responsabilidade profissional

Capítulo 4

4. OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

4.1. Conceito

Esta classificação teve origem nos estudos de DEMOGUE, que, analisando o Código Civil francês, formulou-a incidentalmente, quando da análise do problema de repartição da prova nas obrigações contratuais e delituais, como esclarece TERESA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES.²⁰²

Segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA²⁰³, considera o autor obrigações de meios como aquelas onde a inexecução se considera caracterizada tanto quanto haja desvio da conduta comprometida, independentemente do resultado final almejado, ter sido ou não alcançado.

Desde que o obrigado utilize-se dos meios adequados na tentativa de se alcançar o fim almejado, cumprida estará a obrigação, sendo o resultado simples consequência desejada, mas não obrigatória da relação. ANTONIO CHAVES²⁰⁴ também a chama de norma de comportamento, onde o que se espera é uma atividade com observância das cautelas e meios inerentes àquela atividade, com o zelo, carinho e dedicação esperados. O objeto de análise é o comportamento do agente.

Diferente é a situação das obrigações de resultado, onde o mesmo se considera cumprido tanto quanto o resultado tenha sido atingido, sendo os meios utilizados irrelevantes, desde lícitos. É o que ocorre, por exemplo, nas empreitadas.

²⁰² MAGALHÃES, Teresa Lopez Ancona de. *O Dano Estético*. p. 32.

²⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, v. II, p. 37.

²⁰⁴ CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*, v. 2, t. 1, p. 48.

Nestas obrigações, a análise é do objeto, se o mesmo foi prestado em conformidade com o resultado pretendido. TEREZA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES, leciona que *na obrigação de resultado o devedor se obriga a alcançar determinado fim, sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado, ou deve arcar com as consequências.*²⁰⁵

A fórmula de Demogue, que considera obrigação de meio a que encerra a promessa do emprego de certa diligência reputada, em princípio, como capaz de proporcionar um dado resultado, não, porém, a promessa desse resultado. A obrigação de meio implica, pois, em dever de atenção e diligência, visando a um fim que, todavia, não entra necessária e imperativamente nesse dever, podendo deixar de verificar-se, não obstante desempenhados satisfatoriamente os deveres do devedor. Isto é, na obrigação de meio, faz-se absorção do resultado, para só considerar a diligência e atenção com que se perseguiu esse resultado. Na obrigação de resultado, abstrai-se, ao contrário, dos meios: o que ao devedor toca é a prestação final, não obstante ser claro que dificilmente se poderá obter o resultado se não foram empregados os meios necessários.

Conseqüência de aceitação desses conceitos é impor-se ao credor a prova da culpa no inadimplemento da obrigação de meio e, ao revés a exigência da causa de isenção, se se trata de obrigação de resultado.²⁰⁶

JORGE MOSSET ITURRASPE²⁰⁷ foi precioso ao observar que esta denominação de obrigações de meios e resultados é infeliz, pois sempre existe na obrigação, um resultado pretendido, o que ocorre é que em determinadas obrigações, existe ele é desejado e aguardado, como consequência da atividade realizada, mas não pode ser esperada. Noutras, o resultado é precisamente o objeto da obrigação.

Denominar-se obrigações de meios pode levar ao errôneo entendimento de que o resultado é indiferente, inexistindo compromisso em alcançar-lhe, quando, na verdade, este resultado é o pretendido e deve o obrigado

²⁰⁵ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O Dano Estético*. p. 32.

²⁰⁶ PEDROTTI, Irineu Antonio. Op. cit., 255.

executar todos os atos para a sua consecução, mas, se não ocorrer, não poderá ser responsabilizado, se houver praticado sua conduta diligentemente.

4.2. Importância da distinção

Como revela a própria origem da distinção, ela foi elaborada a partir da necessidade do estudo das provas, sendo este o seu principal campo de aplicação.

Através desta distinção, é que se vai determinar o que e quem deve provar.

Nas obrigações contratuais, tendo o agente (devedor), comprometido-se a alcançar um determinado resultado, necessário se faz ao prejudicado a comprovação da existência da obrigação e a não realização da obra, ou o fim colimado. Muito embora exista entendimento de que isto acarreta uma inversão do ônus da prova²⁰⁸, ao que se demonstra, cria uma responsabilidade objetiva, pois só cabe ao suposto devedor apresentar uma das condições excludentes, se houver.

Já para o caso da obrigação contratual de meios, imperioso se faz a demonstração da culpa, ou seja, que o agente (devedor) não agiu diligentemente no cumprimento de sua obrigação, em decorrência de negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, qualquer forma de culpa. O ônus da prova, de regra, é do credor.

ANTONIO CHAVES cita o escólio de MARIA NELIDA MOISÉS e esclarece:

Se se trata de uma obrigação de resultado, bastará ao credor demonstrar a existência da obrigação, a inexecução e o prejuízo para ter assegurado o êxito do litígio. Se, ao invés, se tratar de uma obrigação de meios, além dessas circunstâncias, deverá demonstrar a culpa do devedor, quer dizer,

²⁰⁷ ITURRASPE, Jorge Mosset. *La Vigência del Destingo entre Obligaciones de Medio y de Resultado en los Servicios desde la Perspectiva del Consumidor*, in *Ajuris*, Edição Especial nº1, p. 250.

²⁰⁸ Neste sentido MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O Dano Estético*. p. 33.

*que este não agiu com diligência, com o cuidado que exigia a prestação prometida.*²⁰⁹

No entanto, no que se refere a obrigações extracontratuais, onde o resultado não tem como sido assumido expressamente pela parte, não se parece possível falar em obrigações de meios, mas tão somente de resultados, como bem observou TERESA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES²¹⁰. A satisfação dar-se-á com o cumprimento dos deveres a que está obrigado, mas principalmente com a abstenção do agente em cometer atos lesivos, ou seja, em causar danos.

Destarte, é irrelevante que a obrigação do profissional liberal classifique-se como de meios ou de resultados. Pretendeu-se que, na obrigação de meios, a responsabilidade dependeria de demonstração antecipada de culpa. Na obrigação de resultado, a inversão do ônus da prova seria obrigatória. Não há qualquer fundamento para tal discriminação, além de prejudicar o consumidor, que estaria com o ônus adicional de demonstrar ser de resultado a obrigação do profissional.²¹¹

4.3. Aplicação nas Atividades de Saúde

Esta distinção tem sido amplamente discutida, ainda mais nas atividades da área de saúde. De regra, tem-se entendido que a atividade destes profissionais é uma obrigação de meios, ou seja, que importa prática diligentemente de atos, sendo o resultado mera consequência desejada.

Mas gera interessantes modificações, mormente no que se refere especificamente à prova.

Há que se observar tratar-se de atividade de profissionais liberais, que implica incidência do Código de Defesa do Consumidor e, nestas atividades, dada a

²⁰⁹ CHAVES, Antonio, *Tratado de Direito Civil*, v. 2, t. 1, p. 49.

²¹⁰ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O Dano Estético*. p. 33.

²¹¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Responsabilidade Civil do Advogado*, in RDC, v. 34, p. 133.

constante situação de hipossuficiência técnica, a inversão do ônus da prova seria regra de se esperar, mas só no caso de obrigações de meios, onde o profissional deveria demonstrar a conduta diligente que teria praticado e ser esta a adequada ao caso concreto. Para as obrigações de meio, a prova deve ser imputada sempre na forma legal, ou seja, impondo a quem alega o ônus probante. Assim, o consumidor/paciente deveria demonstrar a existência da obrigação, sua inexecução e o prejuízo, não cabendo inversão do ônus da prova.

Mas não para por aí. Há também o problema das atividades de natureza estética, onde se tem entendido como uma atividade eminentemente de resultados, como aponta esmagadora doutrina.²¹²

O termo estética decorre do grego *aisyhesis*, que significa sensação, e, na atualidade, deve ser entendido como *o ramo da ciência que tem por objeto o estudo da beleza e suas manifestações na arte e na natureza*.²¹³

Nas atividades estéticas dos profissionais da área de saúde, efetivamente, há uma modificação no elemento subjetivo do agente que, ao invés de procurar o profissional devido a um problema que se apresenta quanto à sua integridade e sanidade física e intelectual, do qual busca a cura, o faz por motivos particulares, visando corrigir um defeito que entende ser portador. Busca-se, com estas atividades, tornar-se mais belo e agradável para si e para os outros.

Por isso, tem-se entendido que se este resultado não for possível, a prestação de serviços não seria contratada, pois este resultado é o elemento preponderante da contratação. Assim, não atingido o resultado, a responsabilidade seria imposta pelo simples descumprimento e prejuízo dele decorrente.

Esta posição, *data venia*, não nos parece correta, pois, para a atividade do profissional da área de saúde, somente poderia ser considerada como de resultado *se expressamente houvesse se comprometido* para com seu paciente,

²¹² Neste sentido poderia ser apontado CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, MIGUEL KFOURI NETO, TERESA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES, VALDECI MENDES DE OLIVEIRA, entre outros.

²¹³ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O Dano Estético*. p. 17.

do contrário, há que se considerar sua atividade como uma obrigação de meios, ou seja, de aplicar todo o seu conhecimento técnico e diligência em direção do fim almejado.

TERESA ANCONA, escreve que *para*:

*chegar-se a uma conclusão sobre o conteúdo do dever jurídico inerente ao contrato de serviços profissionais, deve-se verificar o que foi tratado entre cliente e profissional e, daí, então, concluir se tal serviço visou um fim em si mesmo ou apenas um desempenho diligente do profissional. A responsabilidade será medida de acordo com o objeto do vínculo obrigacional ...*²¹⁴

CARLOS ROBERTO GONÇALVES, admite a não incidência de responsabilidade, mesmo que o resultado não seja alcançado, nos casos de: *a) ser razoavelmente necessária; b) o risco a correr seja menor que a vantagem procurada; e c) seja praticada de acordo com as normas da profissão.*²¹⁵

Estas hipóteses são todas excludentes de culpa e, pior, a letra “c”, é evidentemente a admissão de que a demonstração da prática correta do tratamento, pelo que o resultado teria ocorrido por fatos alheios à vontade do agente, corroborando a realização do meio de forma adequada, descaracterizando a fórmula anteriormente sustentada, de tratar-se de obrigação de resultado, pois com esta incoerente.

O resultado, como visto alhures, é inerente a toda obrigação, mas, no caso de atividades estéticas, ela é mais esperada, mas não se pode falar em obrigação de resultado, que implica responsabilidade objetiva, como já explicado, de início porque acarretaria a inaplicabilidade da regra do art. 14, § 4º, do CDC, e, além disso, porque, como se sabe, toda atividade na área de saúde, principalmente cirúrgica, importa riscos naturais a esta atividade.

Ora, estes riscos não podem ser relegados, pois são parte inerente da atividade, e dos quais o profissional se resguarda alertando o paciente da

²¹⁴ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O Dano Estético*. p. 65.

²¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto, ob. cit., p. 125.

possibilidade de ocorrência (dever de informação), que, se não observado, demonstra culpa do profissional.

Assim como não seria dado ao profissional estabelecer no contrato cláusula de irresponsabilidade, ou de não indenizar, não seria correto entender que os riscos da atividade, e dos quais o paciente tem ciência, sejam esquecidos ou impostos ao profissional de forma exclusiva.

Poderia, das atividades estéticas, afirmar-se que nelas a inversão do ônus da prova seja mais recomendável, importando presunção de culpa^{216 217}, bem como no fato de que o rigor na apuração do caso seja mais rigoroso e criterioso, mas nunca que da não realização do resultado decorra responsabilidade, uma vez que ela, por regra, só poderá se dar em decorrência de culpa.

Se o médico não esclareceu o paciente dos riscos inerentes à atividade, faltou com o dever de informação, se assumiu obrigação para a qual não estava capacitado, se contratar atividade que sabe não poder ser alcançado, ou se induzir o paciente a acreditar que o resultado vai ser obtido, em todas estas atitudes revela-se de forma clara a culpa, só aí, então, seria possível de ser responsabilizado.²¹⁸

Imagine-se o caso do cirurgião estético que utiliza-se de um fio de sutura conhecido e renomado por sua qualidade, mas cujo lote tenha saído estragado, fato este desconhecido de todos. Em decorrência desta deficiência do produto, a cirurgia estética não se dá a contento. Ora, quer parecer claro que o

²¹⁶ TERESA ANCONA afirma que: *milíta, algumas vezes, contra o médico presunção de culpa, como, por exemplo, nas operações plásticas. In MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. Responsabilidade Civil dos Médicos, p. 312. (sem grifos no original). Ora, presunção de culpa importa em inversão do ônus da prova quanto a esta, logo, a obrigação seria reconhecida como de meios, sendo a inoocorrência de um resultado com mais propriedade aguardado, somente constituir-se-ia como o elemento que autoriza a inversão.*

²¹⁷ WALTER BLOISE, no entanto, defende que *em razão de se considerar como contratual a responsabilidade médica, não se pode, do resultado, presumir culpa. In ob. cit., p. 88.*

²¹⁸ Neste sentido, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA leciona: *o profissional está empenhado em propiciar-lhe o resultado pretendido, e se não tem condições de consegui-lo, não deve efetuar a intervenção. Em consequência recrudescer o “dever de informação”, bem como a obrigação de vigilância, cumprindo, mesmo, ao médico recusar o serviço, se os riscos da cirurgia são desproporcionais às vantagens previsíveis. In Responsabilidade Civil, p. 157.*

médico não responderá pelo dano, pois a ele não pode ser atribuída culpa. Cabe, isto sim, dever de indenizar, e aí objetivamente, do produtor do fio defeituoso.

Por fim, haverá que se observar que a atividade extracontratual também será de meios, e não de resultados, pois, do contrário, um médico que socorresse um enfermo na rua e o mesmo viesse a falecer, a despeito dos procedimentos adotados pelo profissional (corretos e diligentemente praticados), haveria responsabilidade civil, o que não ocorre, eis que sempre estará vinculado à prestação de seus serviços com diligência, zelo e carinho esperados. O resultado, como dito insistentemente, é consequência desejada.

Capítulo 5

ATIVIDADE ODONTOLÓGICA

5.1. História da Odontologia

Inegavelmente, a história da odontologia está diretamente vinculada à história da medicina, pois na antigüidade, somente se aplicava serviços, hoje entendidos de natureza odontológica, em decorrência de um evento dor, haja vista que as atividades estéticas (como ortodontia, por exemplo), somente a pouco tempo é que o conhecimento possibilitou sua prática.

EDUARDO DARUGE NELSON MASSINI²¹⁹, esclarece que a odontologia, historicamente, sempre era considerada como simples aspecto da medicina.

Farta é a notícia histórica da prática da odontologia na história, havendo reminiscências desde o período de 120.000-70.000, no homem da Rodésia, onde aparecem os primeiros vestígios de cárie dentária.

Em termos de civilizações, entre os povos assírios-babilônicos (aproximadamente 3.500 a.C.), já havia menção escrita sobre um “verme” que seria responsável pela destruição dos dentes.

Quanto a prática, há notícias (através de papiros) de que, os egípcios já regulamentavam a prática de tratamentos terapêuticos referente à área, hoje, odontológica, remetendo EDUARDO DARUGE NELSON MASSINI²²⁰ a escritos com mais de 3.000 anos antes de Cristo, lembrando, inclusive, que aquele que é conhecido como o primeiro dentista da História, o egípcio HESI-RÉ, que era o chefe dos dentistas e médicos do Faraó Djoser (III dinastia, 2740 a.C).

Também, nos séculos IV a V a.C., há notícias de que os fenícios utilizavam-se de fios de ouro para fixação de dentes postiços (próteses), posteriormente aperfeiçoada pelos etruscos.

²¹⁹ MASSINI, Eduardo Daruge Nelson. *Direitos Profissionais na Odontologia*, p. 7.

Existem outras notícias envolvendo a atividade odontológica, encontrada entre os chineses, o período romanístico, os árabes e as contribuições européias, até a regulamentação que ocorreu na França.

Na França, a atividade odontológica estava unida à do barbeiro (daí decorrendo, inclusive o porque as famosas cadeiras de dentistas, ao menos as mais antiquadas, que não seguem a atual tendência ergonômica, tem formação similar às dos barbeiros), uma união, no mínimo, estranha.

Foi somente com a regulamentação ocorrida em 10 de maio de 1768, que, em decorrência da especialização que houve na profissão, determinou-se a proibição do exercício da profissão àqueles que não detivessem o título de Cirurgião Barbeiro, obtido junto ao Colégio de Cirurgia de Paris.²²¹

No Brasil, a origem foi a mesma, ou seja, vinculada à profissão de barbeiro, mas que gradualmente foi sendo alterada, em especial no sentido de profissionalizar esta atividade específica, pois, em períodos mais antigos da história prática, a arte era relegada àqueles estudantes que soubessem ler e escrever, requisito este, no entanto, não obrigatório, segundo o regulamento de 1812.

Somente a partir de 1851, é que passa a haver exigências para a prática da odontologia, impondo requisitos e prova de demonstração de sua capacidade, exercendo-se a atividade só mediante a aquisição de alvará de licença, hoje, diploma do curso de odontologia.

5.2. O Odontólogo e a Área de Saúde

O odontólogo sempre esteve ligado à área de saúde, como se viu acima, ao se discorrer, ainda que sucintamente sobre a história da profissão.

²²⁰ Ob. cit., p. 9.

²²¹ MASSINI, Eduardo Daruge Nelson. Ob. cit., p. 2.

No Brasil, durante muito tempo, foi regulamentada como campo da medicina, tanto assim que os diplomas eram fornecidos pelas faculdades de medicina, após um curso de três anos.²²²

Atualmente, a profissão está regulamentada pela Lei 5.081, de 24 de agosto de 1966, que se encontra, em parte, alterada pelo Regulamento nº 01, de 05 de junho de 1998, que lhe deu outras feições.

O curso de odontologia passou a existir autonomamente, bastando que o curso observe as restrições de natureza estrutural que cada faculdade dispõe.

Deixando de lado a tradição européia, preferiu seguir a escola americana, entendendo-a como uma ciência distinta, mas que não desfigura sua condição e característica, que é a de uma ciência da área de saúde, e de natureza tipicamente médica, sendo responsável pela *prevenção, diagnóstico e tratamento dos processos patológicos e estados mórbidos das estruturas e tecidos que compõe o aparelho estomatognático*.²²³

Mexe, portanto, com parte da estrutura e sistema gastrointestinal, inclusive tratando-o e realizando, se necessário, cirurgias (como é o caso da cirurgia traumatológica buco-maxi-facial).

Em decorrência disto é que, embora regulamentado normativamente e, principalmente, de caráter didático-científico, como ciência própria, deixando de ser especialidade da medicina, faticamente, não deixou de manter sua co-relação, podendo, e, principalmente, devendo, ser regulada pelas mesmas regras jurídicas de análise e interpretação, referentes aos profissionais da área médica, apurando-se sua responsabilidade diante das mesmas condições.

Assim, haverá de se analisar sua atividade, diante das modalidades reconhecidas como sendo passíveis de exercício da atividade, declinado no tópico

²²² Através do Decreto 9.311, de 25 de outubro de 1884, a Odontologia foi anexada junto ao curso de medicina. In MASSINI, Eduardo Daruge Nelson. Ob. cit., p. 3.

²²³ PEDROTTI, Irineu Antonio. *Responsabilidade Civil*, v. 1, p. 403.

referente ao profissional da área de saúde, ou seja, deveres de conselho, escolha, tratamento e evitar abusos.

O profissional odontólogo deverá seguir suas obrigações, sob pena de responder pelos danos que possam advir da inobservância desta conduta, inclusive com a agravante de que, sendo primordialmente estética, a presunção de culpa incidirá sobre si, no caso de não obtenção do resultado pretendido.

Também não poderá ser responsabilizado se, na vigência do tratamento, tiver de realizar opções que possam causar dano à integridade física de um paciente, tendo em vista uma necessidade de tutelar um bem maior, como seria o caso, por exemplo, de realizar a extração dos dentes, em uma cirurgia emergencial (v.g., um acidentado), no intuito de não afetar o sistema de fala.²²⁴

Em algumas hipóteses, no entanto, estará ainda mais pré-disposto a uma responsabilização por danos do que outros profissionais, face às suas características próprias ou normativas.

Tome-se como exemplo, o fato de que é, reconhecidamente, uma atividade de caráter predominantemente estético (pois, como visto, algumas atividades, como a cirurgia traumatológica buco-maxi-facial, não podem ser entendidas como estéticas, mas reparadoras e, por vezes, emergencial), logo, o resultado é muito mais esperado do que em outras atividades (cirurgia cardíaca, por exemplo), e, perfeitamente passível de ser-lhe aplicado, com muito mais propriedade, a inversão do ônus da prova, face à hipossuficiência técnica do paciente em relação àquele.

E pior ainda, todo o tratamento deve ser demonstrado, inclusive documentalmente, pois o Código de Ética Odontológica, em seu art. 4º, inciso VI,

²²⁴ Mas quer parecer que, a princípio, as atividades do odontólogo não se revestem de caráter emergencial, ao menos em comparação com outros profissionais, como é o caso do cardiologista, ou um obstetra. Na maioria das vezes, o caso é sempre de tratamento que pode aguardar e, nestes casos, seria aconselhável, para não dizer indispensável, o odontólogo consultar o paciente para fins de estabelecer o tratamento, inclusive, o bem a ser sacrificado, devendo primar pelo esclarecimento deste, a fim de que possa, conscientemente, estabelecer escolha. Feita a escolha pelo paciente,

estabelece a obrigação, para o profissional, *elaborar as fichas clínicas dos pacientes, conservando-as em arquivo próprio.*²²⁵

Por isso, o profissional da odontologia deve resguardar-se documentalmente, a fim de evitar indenizações indevidas, uma vez que ele poderá vir a ter de provar sua inocência, face ao caso concreto.

5.3. Avanço Científico

O problema da especialidade, envolve dois aspectos importantes, que são a especialização da atividade, e os avanços tecnológicos que vem sendo incorporados à prática profissional.

No que se refere à especialização da atividade, este parece ser a tendência mundial para todas as atividades, onde os profissionais tendem a se especializar, cada vez mais, em um determinado ramo da profissão ou ciência, aprofundando os conhecimentos e capacitação sobre o assunto.

Isto acarreta uma melhor qualificação do profissional, mas também gera para si, uma carga maior de dever, uma vez que os erros ditos justificáveis, que sempre foram aceitos na atividade, tendem a diminuir, ou tornar-se mais rigorosa eventual aceitação. Face à sua capacitação, cada vez mais o resultado da atividade será de se esperar e, a demonstração da isenção de culpa, se torna cada vez mais difícil. Como diz TERESA ANCONA, *o clínico geral deve ser tratado com maior benevolência que o especialista, posto que este tenha e habilidades específicas e não um grau normal de conhecimento exigido pela profissão.*²²⁶

ainda que desaconselhável, não haverá hipótese de responsabilização, pois afasta-se a culpa do profissional, eis que o ato é imputável ao paciente, e não àquele.

²²⁵ O Código de Ética Odontológica está em vigor através da Resolução do Conselho Federal de Odontologia, nº 179/91, em vigor desde 1º de janeiro de 1992. Sobre seu conteúdo, vide o anexo I, do presente trabalho.

²²⁶ Teresa Ancona Lopez de. *Responsabilidade Civil dos Médicos*, p. 322

Diferente não é a situação da atividade em relação aos avanços tecnológicos, pois o novo instrumental que se põe a disposição do profissional, possibilitam, cada vez mais, um melhor diagnóstico do problema, aumentam as opções de tratamento e, ainda, facilitam a sua consecução. Como esclarece ANDRÉ LUIS MALUF DE ARAÚJO *as explorações instrumentais, como meio eficaz para um diagnóstico correto, são incrivelmente aperfeiçoadas dia a dia, através de modernos aparelhos.*²²⁷

Desta soma, o resultado é a obtenção, cada vez maior, de resultados satisfatórios, sendo o insucesso cada vez mais difíceis, que implica resultados mais esperados e, como no caso acima, responsabilidade civil cada vez mais clara e incisiva.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA escreve que *é de se levar em consideração o impacto dos progressos técnicos sobre a atividade médica ... a técnica mecânica, ..., aumentando a vida humana, aumentou a segurança.*²²⁸

No mesmo sentido, afirma CARLOS ALBERTO BITTAR:

*Ganhando graus mais elevados de certeza, aumentando as possibilidades de cura do paciente, assegurando maior confiança aos profissionais no exercício de seu mister, com a injeção de novos recursos terapêuticos, esses aparelhos vêm contribuindo decisivamente para a melhoria das condições de atendimento dos serviços médicos em todos os países.*²²⁹

5.4. Incidência da Responsabilidade Civil

Efetivamente, o odontólogo é um profissional liberal da área de saúde, e não dispondo de nenhuma imunidade quanto à responsabilidade por danos que venha a provocar, sendo regulamentado, por isso, pela forma dos demais

²²⁷ ARAÚJO, André Luis Maluf de., *Responsabilidade Civil dos Cirurgiões Dentistas*, p. 157.

²²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 147.

profissionais da área, em especial a dos médicos, de onde se extraem a maioria das regras a ele aplicável, uma vez que a literatura sobre o assunto é pequena e pouco aprofundada.

Trata-se de uma atividade, em sua maior parte, voltada para a estética, englobando o problema da própria intervenção, que não se revela como imprescindível ou imediata.

No entanto, não é correto diferenciá-la em obrigação de meios ou resultados, uma vez que o resultado sempre é esperado, sendo incorreto conceituar a atividade como obrigação de resultados, pois isto implica responsabilidade objetiva, coisa refutada pelo ordenamento jurídico.²³⁰

A responsabilidade civil objetiva deve decorrer de lei, e não de uma presunção, como querem fazer parecer alguns, e, no caso, ele se regula pelo art. 14, § 4º, do CDC, que prevê para si a responsabilidade civil subjetiva.

Somente se houver contratado um resultado específico poderia ser entendida sua atividade como sendo de resultados, do contrário, sua obrigação continuaria a ser a de prestar sua atividade com o maior zelo, carinho e atenção, que a técnica e a ciência lhe impõe.

Poderia ser responsabilizado, isto sim, por ato culposos, assim entendido a violação de um dever imposto, na forma vista para o profissional da área de saúde, assim como por desconhecimento de técnicas novas mais adequadas, falta de ciência da repulsa por determinado procedimento, inadequação de informações, ou seja, todo e qualquer ato culposos que se lhe possa impor.

ANTONIO CHAVES²³¹ aponta para quatro erros básicos desta profissão, consistentes em *erro de diagnóstico* (desde que indesculpável), *de*

²²⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *As Atividades Científicas e as Profissionais, Médicas, Odontológicas, Hospitalares e Congêneres e o Direito. Princípios Norteadores*, p. 4.

²³⁰ Não obstante posições abalizadas em contrário, como é o caso de JOSÉ DE AGUIAR DIAS, que vincula a atividade do odontólogo muito mais compromissada com resultados. In ob. cit., p. 294.

²³¹ CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*, v. 3, p. 416.

tratamento (com a utilização inadequada do procedimento, exageros ou omissões), *erros de anestesia* (se aplicada equivocadamente ou em limites acima da sua competência), e *falta de higiene* (ocasionando transmissões de moléstias graves).

O que se deve ter em vista, é o fato de que, sendo uma ciência que está diretamente envolvida com outros elementos que fogem ao campo de conhecimento ou atuação do profissional, sempre existe um risco na atividade, que não pode ser excluída, em prejuízo do cliente, nem absorvida integralmente pelo profissional, sob pena de se inviabilizar a profissão.

*A profissão do dentista e a do médico são as profissões que mais riscos acarretam, tanto para quem a exerce como para quem a recebe.*²³²

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS, é coerente, quando afirma:

Podemos, diante do até então exposto, observar que se equiparamos os médicos e advogados, os dentistas e enfermeiras como profissionais que ao serem contratados, não se comprometem com os clientes a atingir um resultado.

*Pois, por maiores que sejam suas habilidades, os resultados são imprevisíveis, fugindo a seu controle. Com isso, sua responsabilidade também será subjetiva, baseada na existência da culpa, por sua obrigação ser de meio.*²³³

Ainda, deverá sempre ser observado que, como ocorre na própria atividade médica, o odontólogo não responde pelo fato ou vícios da coisa, pois a ele não se pode imputar culpa, salvo se podia ou devia conhecer o dano.²³⁴

²³² ARAÚJO, André Luis Maluf de. ob. cit., p. 156.

²³³ SÉLLOS, Viviane Coêlho de. ob. cit, p. 155-156.

CONCLUSÕES

Após traçados as linhas do estudo realizado, seriam estas as conclusões a que se chega:

- A origem da responsabilidade civil foi derivada da antiga vingança privada, que se especializou até chegar aos seus termos atuais;
- O elemento culpa é, ainda hoje, preponderante, em se tratando de responsabilidade civil, eis que, de forma geral, prevalece a teoria subjetivista, fundada na culpa;
- São elementos comuns na responsabilidade civil o dano, o nexo de causalidade, a imputabilidade e a culpa;
- O principal elemento da responsabilidade civil é o dano, e não a culpa. Em decorrência disto, vem sendo cada vez maior a idéia de reparabilidade do dano como elemento preponderante na responsabilidade civil, na busca de se imputar a alguém, sempre o dever de indenizar;
- A responsabilidade civil objetiva vem ganhando cada vez mais espaço, em decorrência da própria tendência atual de socialização dos riscos;
- O Código de Defesa do Consumidor quebrou a tradição brasileira, impondo uma responsabilidade civil objetiva como regra geral, para as relações de consumo;
- A única exceção do Código de Defesa do Consumidor é o caso dos profissionais liberais, para quem, a responsabilidade civil só poderá incidir no caso de existência de culpa do profissional;

²³⁴ Neste sentido, Teresa Ancona Lopez de. *Responsabilidade Civil dos Médicos*, p. 319.

- Por profissional liberal deve entender-se aquele que, exercendo-a como atividade economicamente preponderante, faz do seu conhecimento técnico específico, elemento principal na atividade.
- Esta exceção, no entanto, é restritiva, ou seja, só está excepcionado ao profissional a questão da responsabilidade civil, mas o Código a ele se aplica, em todas as demais regras;
- A exceção não é extensiva a todos os envolvidos na relação de prestação de serviços do profissional liberal, respondendo subjetivamente somente no aspecto pessoal, pelo que, todos os demais envolvidos responderão na forma da regra do Código, ou seja, objetivamente;
- Por profissional da área de saúde haverá de se entender todo aquele que desenvolve sua atividade no intuito de manter ou curar o estado físico e psíquico do indivíduo, zelando pelo bom funcionamento orgânico do indivíduo;
- Estes profissionais, laborando em um ramo tão melindroso do direito, devem ser regulamentados de forma diferenciada, de forma a tutelar o direito do paciente, mas sem inviabilizar a continuidade da profissão, cada vez mais, imprescindível ao ser humano;
- O profissional da área de saúde, salvo se expressamente houver assumido isto em contrato, não é obrigado por resultados, mas tão somente a praticar sua atividade com o zelo, atenção e carinho esperados pelas suas qualificações pessoais;
- A atividade implica deveres a ela inerentes, sendo estas o dever de conselhos, cuidados e a abstenção da prática de abusos;
- Os deveres de conselho consistem na obrigação do profissional em advertir os pacientes sobre os riscos do tratamento, aconselhando e advertindo, deixando-o plenamente ciente para efetuar as escolhas necessárias;

- É possível a omissão de informações sempre que o estado de saúde aconselhar às omissões, mas deverá ser comunicado a outro membro da família;
- Como deveres de cuidado, estão enquadrados o diagnóstico, escolha do método de tratamento, o tratamento em si e o acompanhamento do paciente;
- No diagnóstico, é admissível o erro, desde que este seja escusável, não podendo haver condescendência com o erro grosseiro;
- A escolha do tratamento deverá ser o mais adequado, analisados os elementos objetivos, subjetivos e sociais do caso, mas analisado em relação ao diagnóstico, independentemente de estar certo ou não;
- No tratamento deverão ser observados as indicações que a técnica recomenda para o caso concreto, realizados da forma mais apropriada possível;
- O trabalho do profissional da área de saúde importa acompanhamento da recuperação do paciente;
- Não se deve permitir utilização do paciente como instrumento de testes para novas técnicas experimentais ainda não testadas, mesmo que haja concordância deste;
- As obrigações de meio e resultado ganham relevo quando analisadas na questão probatória;
- As obrigações de resultado acarretam responsabilização objetiva do agente;
- Na área de saúde, a obrigação é de meios, só se modificando por convenção expressa no contrato, e não pela natureza da atividade, da qual não se pode imputar um resultado como obrigatório, nem mesmo nas atividades estéticas, dado aos riscos naturais da própria atividade;

- O profissional pode ser responsabilizado por atos próprios ou mesmo de terceiros, em se tratando de empregados ou prepostos, mas, em cirurgias, face ao constante avanço científico e especialização das profissões, cada especialista tende a responder individualmente por sua atividade;
- A odontologia, no Brasil, teve origem como ramo da medicina, mas, por influência da escola americana, é regulada com ciência autônoma;
- Não obstante a isso, continua a ser parte da área de saúde, regulada, principalmente, pelas condições impostas aos profissionais desta área, especialmente à dos médicos, com os quais muito se assemelham, para fins de responsabilidade;
- A constante especialização tende a impor resultados cada vez mais aguardados e, com isso, maiores cuidados para o profissional, pois a não obtenção do resultado acarretará, cada vez mais, o dever de indenizar;
- A mesma coisa ocorre com os avanços tecnológicos, onde se nota que a ajuda que dão aos profissionais, faz com que o resultado seja, também, mais esperado e previsível;
- A área odontológica carece de maiores estudos sobre o assunto, pobre bibliograficamente sobre o tema.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rui. *Responsabilidade civil do médico*, in Revista dos Tribunais, n.º 718, São Paulo: RT, 1995, p. 33-53.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4.ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1972.

AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. 2.ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1989.

BITTAR, Carlos Alberto, e BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

CASILO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2.ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CHAVES, Antonio. *Retirada de órgãos ou partes do corpo humano para transplantes*, in Revista de Direito Civil, n.º 26, São Paulo: RT, 1983, p. 7-39.

----- . *Tratado de direito civil*. V. 3, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2.ª Edição, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 12.º edição, São Paulo: Hemus, 1975.

CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da personalidade*. 1.ª edição, Lisboa: Livraria Maria Ed. 1961.

DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover...(et al), 5.ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 106-190.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 7.ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 7.ª ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1989.
----- . *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

----- . *Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil*. V. 7, São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

ENCICLOPÉDIA MIRADOR. *Encyclopaedia Britânica do Brasil Publicações Ltda*, v. 20, São Paulo/Rio de Janeiro, 1976.

ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho Civil. Parte General*. (Tradução espanhola da 39.^a edição alemã), Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1953.

FÁVERO, Flaminio. *Medicina legal*. 11.^a edição, v. 1, Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1980.

FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1.^a edição, São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1975.

----- . *Dicionário Aurélio básico da língua Portuguesa*. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Parte Geral. 4.^a edição, Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Os direitos do corpo*, in Arquivos do Conselho Regional de Medicina do Paraná, n.º 10, Curitiba: 1986, p. 12-13.

----- . *O código do consumidor e o exercício da medicina*, in Revista de Direito do Consumidor, v. 13, São Paulo: RT, jan/mar de 1995, p. 56-60.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos privados da personalidade*, in Revista dos Tribunais, v. 370, São Paulo: RT, 1966, p. 7-16.

----- . *Manual de direito Civil*. V. 1, t. I, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

----- . *O conceito de morte, diante do direito ao transplante e do direito hereditário*, in Revista dos Tribunais, v. 717, São Paulo: RT, 1995, p. 65-74.

GARRAFA, Volnei. *Qual consentimento?*, In Medicina – Conselho Federal, ano X, n. 78, Brasília: fevereiro de 1997, p. 8-9.

GOGLIANO, Daisy. *Morte encefálica*, in Revista de Direito Civil, n.º 63, São Paulo: RT, 1993, p. 57-85.

----- . *O direito ao transplante de órgãos e tecidos humanos*. São Paulo, 1986. Tese (doutorado em direito) - Faculdade de Direito, Departamento de Direito Civil. Universidade de São Paulo.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Inegociabilidade da matéria orgânica: transplantes de órgãos ou partes do corpo*, in *Justitia*, v. 32. n.º 68, São Paulo: Jan/mar 1970, p. 39-62.

GOMES, Orlando. *Código Civil – Projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

----- . *Direitos de personalidade*, In *Revista Forense*, v. 216, Rio de Janeiro: RF, 1966, p. 5-10.

----- . *Introdução ao direito civil*. 10.ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1993.

----- . *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. 1ª edição, v. I, tomo I, São Paulo: Editora Max Limonad, 1955.

GRACIANO, Valmir. *Responsabilidade civil dos médicos*. Paranaíba: edição do autor, 1987.

GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. V. 2, São Paulo: Editora Nova Cultural, 1998.

HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. V. 5, 6.ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1981.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *La vigencia del distingo entre obligaciones de medio y de resultado en los servicios desde la perspectiva del consumidor*, in *Ajuris*, edição especial, Porto Alegre: março de 1998, p. 250-259.

----- . *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979.

JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*, in *Revista Forense*, v. 86, Rio de Janeiro: Editora Forense, junho de 1941, p. 548-559.

JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

KARAN, Munir. *Transplantes*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 74, São Paulo: Editora Saraiva, 1977, p. 391-397.

KFOURI NETO, Miguel. *A responsabilidade civil do médico*, in *Revista dos Tribunais*, v. 654, São Paulo: RT, 1990, p. 57-76.

----- . *Responsabilidade civil do médico*. 3.ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *As procriações artificiais e o direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Madalena. *Transplantes – Relevância jurídico-penal* (legislação actual). Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 8.^a edição, v. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1996.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova*, in Revista de Direito do Consumidor, v. 26, São Paulo: RT, abr/jun de 1998, p. 159-165.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Transplantes de órgãos: algumas questões polémicas*, in internet <http://www.carrier.com.br>.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético (responsabilidade civil)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

MARREY NETO, José Adriano. *Transplantes – considerações sobre a Lei 5.479, de 10.8.68*, in Revista dos Tribunais, v. 578, São Paulo: RT, 1972, p. 16-36.

----- *Transplantes de órgãos: disposições penais - notas às disposições penais contidas na Lei n.º 8.489, de 18.11.92*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

MARIA, José Serpa de Santa. *Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*. Campinas: Julex Livros Ltda., 1987.

MATTIA, Fábio Maria de. *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, in Revista de Direito Civil, v. 3, São Paulo: RT, 1978, p. 35-51.

MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica e aplicação do direito*. 15.^a edição, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Doação de órgãos: consenso presumido*, in Revista Jurídica Consulex, v. I, n. 14, Brasília: Editora Consulex, fevereiro de 1998, p. 40-41.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale - Codice e norme complementari*. 1.^a parte, v. 2, Milão: Dott. A. Giuffrè Edit., 1952.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3.^a edição, tomo V, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Parte Geral*. 26.^a edição, São Paulo: Saraiva, 1986.

MORAES, Iruny Novah. *Erro médico e a lei*. 3.^a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Antonio Bernardes. *A evolução da medicina: até o início do século XX*: Pioneira-Secretaria de Estado da Cultura, 1981.

OLIVEIRA, Moacyr de. *Evolução dos direitos de personalidade*, in Revista dos Tribunais, n.º 402, São Paulo: RT, 1969, p. 29-32.

----- . *Transplantes de órgãos humanos*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 74, São Paulo: Editora Saraiva, 1977, p. 398-401.

PACIORNIK, Rodolpho. *Dicionário médico*. 3.ª edição, Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koognan S/A, 1978.

PAIVA, Rosilene Terezinha de. *A responsabilidade civil na prestação de serviços pelo profissional liberal*. Maringá, 1999. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito. Universidade Estadual de Maringá.

PATARO, Oswaldo. *Cadáver*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 12, São Paulo: Editora Saraiva, 1977, p. 417-428.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Cadáver*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 12, São Paulo: Editora Saraiva, 1977, p. 417.

----- . *Instituições de Direito Civil*. 2.ª edição, v. 1, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991.

----- . *Responsabilidade civil*. 4.ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

PEREIRA, Victor e NETO, José Adriano Marrey. *O momento da morte*, in Revista dos Tribunais, n.º 681, São Paulo: RT, 1992, p. 435-437.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 4.ª edição, São Paulo: Edições Loyola, 1991.

PRADO, Luiz Regis e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Elementos de direito penal. Parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

RABINOVICH, Ricardo David. *Régimen de trasplantes de órganos y materiales anatómicos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. *As mazelas da nova Lei*, in Revista dos Tribunais, n.º 742, São Paulo: RT, 1997, p. 67-80.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 12.ª edição, v. 4, São Paulo: Saraiva, 1989.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 1.ª edição, v. 1 (tradução da 6.ª edição italiana por Paolo Capitanio), Campinas: Bookseller, 1999.

SAMPAIO, Amuramy Lopes. *Direitos da personalidade e a doação de órgãos*. Londrina, 1987. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual de Londrina.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

SILVA, Justino Adriano F. da. *Transporte de cadáver*, in Revista dos Tribunais, n.º 696, São Paulo: RT, 1993, p. 52 a 61.

SILVA, Artur Marques da. *Responsabilidade civil dos médicos nas transfusões de sangue*. In: Responsabilidade Civil médica, odontológica e hospitalar, coordenação de BITTAR, Carlos Alberto, São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 107-129.

PLÁCIDO E SILVA, De. *Vocabulário jurídico*. 4ª edição, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1975.

----- *Vocabulário jurídico*. 12.ª edição, V. I, 1, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, Edson Ferreira. *Direitos de personalidade – Os direitos de personalidade são inatos*, in Revista dos Tribunais, n.º 694, São Paulo: RT, 1993, p. 21-34.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3.ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. *Responsabilidade civil do médico*, in Revista dos Tribunais, v. 674, São Paulo: RT, 1991, p. 57-62.

SOUZA, Armando Tavares de. *Curso de história da medicina*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1981.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4.ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

TELLES JÚNIOR, Gofredo. *Direito subjetivo*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 28, São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 298-330.

THOMAZ JÚNIOR, Dimas Borelli. *Responsabilidade civil do médico*, in Revista dos Tribunais, v. 741, São Paulo: RT, 1997, p. 88-99.

VARELA, Antunes. *Noções fundamentais de direito civil*. V. 1, Coimbra: Almedina, 1945.

VARGA, Andrew C. *Problemas de bioética*. São Leopoldo: Editora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Teoria Geral*. 2.ª edição, São Paulo: Atlas, 1987.

VENTURA, Zuenir. *O renascimento da ética*, in Revista do Provão, n.º 4: Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, 1999, P. 7.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Natureza jurídica do direito à mudança de sexo e os direitos da personalidade*, in Repertório IOB de Jurisprudência, n. 17/98 - caderno 3, São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 1998, p. 353-357.

----- . *O consentimento e os transplantes*, in Arquivos do Conselho Regional de Medicina do Paraná, v. 15, n. 57, Curitiba: jan/mar de 1998, p. 45-46.

YUNGANO, Arturo Ricardo, et al. *Responsabilidad profesional de los médicos: cuestiones civiles, penales, médico-legales, deontológicas*. 2.^a edição, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1992.

ANEXO

Código de Ética Odontológica

Alterado pelo Regulamento nº 01, de 05 de junho de 1998.

O texto baseou-se no Relatório Final da I CONFERÊNCIA NACIONAL DE ÉTICA ODONTOLÓGICA (I CONEO), realizada em Vitória (ES), pelo Conselho Federal e Conselhos Regionais de Odontologia em 1991.

Revoga o Código de ética Odontológica aprovado pela Resolução CFO-151, de 16 de julho de 1983 e aprova outro em substituição.

O Presidente do Conselho federal de Odontologia, no exercício de suas atribuições regimentais, cumprindo a deliberação do Plenário, em reunião extraordinária, realizada nesta data,

RESOLVE:

Art. 1º. Fica revogado o Código de Ética Odontológica, aprovado pela resolução CFO/151, de 16 de julho de 1983.

Art. 2º. Fica aprovado o Código de ética odontológica, que com este se publica.

Art. 3º. Esta Resolução entra em vigor no dia 1 de janeiro de 1992.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 1991.

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º. Código de Ética Odontológica regula os direitos e deveres dos profissionais e das entidades com inscrição nos Conselhos de Odontologia, segundo suas atribuições específicas.

Art. 2º. A Odontologia é uma profissão que se exerce, em benefício da saúde do ser humano e da coletividade, sem discriminação de qualquer forma ou pretexto.

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Art. 3º. Constituem direitos fundamentais dos profissionais inscritos, segundo suas atribuições específicas:

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

II - resguardar o segredo profissional;

III - contratar serviços profissionais de acordo com os preceitos deste Código;

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

CAPÍTULO III

DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Art. 4º. Constituem deveres fundamentais dos profissionais inscritos:

I - exercer a profissão mantendo comportamento digno;

II - manter atualizados os conhecimentos profissionais e culturais necessários ao pleno desempenho do exercício profissional;

III - zelar pela saúde e pela dignidade do paciente;

IV - guardar segredo profissional;

V - promover a saúde coletiva no desempenho de suas funções, cargos e cidadania, independentemente de exercer a profissão no setor público ou privado;

VI - elaborar as fichas clínicas dos pacientes, conservando-as em arquivo próprio;

VII - apontar falhas nos regulamentos e nas normas das instituições em que trabalhe, quando as julgar indignas para o exercício da profissão ou prejudiciais ao paciente, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes;

VII - apontar falhas nos regulamentos e nas normas das instituições em que trabalhe, quando as julgar indignas para o exercício da profissão ou prejudiciais ao paciente, devendo dirigir-se nesses casos, aos órgãos competentes;

VIII - propugnar pela harmonia na classe;

IX - abster-se da prática de atos que impliquem mercantilização da Odontologia ou sua má conceituação;

X - assumir responsabilidade pelos atos praticados;

XI - resguardar a privacidade do paciente durante todo o atendimento.

Capítulo IV

DAS AUDITORIAS E PERÍCIAS ODONTOLÓGICAS

Art. 5º. Constitui infração ética:

I - deixar de atuar com absoluta isenção quando designado para servir como perito ou auditor, assim como ultrapassar os limites de suas atribuições e de sua competência;

II - intervir, quando na qualidade de auditor ou perito nos atos de outro profissional, ou fazer qualquer apreciação na presença do examinado, reservando suas observações, sempre fundamentadas, para o relatório sigilo e lacrado.

Capítulo V

DO RELACIONAMENTO

Seção I

Com o Paciente

Art. 6º. Constitui infração ética:

I - exagerar em diagnóstico, prognóstico ou terapêutica;

II - deixar de esclarecer adequadamente os propósitos, riscos, custos e alternativas do tratamento;

III - executar ou propor tratamento desnecessário ou para o qual não esteja capacitado;

IV - abandonar paciente, salvo por motivo justificável, circunstancia em que serão conciliados os honorários e indicado substituto;

V - deixar de atender paciente que procure cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro cirurgião - dentista em condições de fazê-lo;

VI - iniciar tratamento de menores sem autorização de seus responsáveis ou representantes legais, exceto em casos de urgência ou emergência;

VII - desrespeitar ou permitir seja desrespeitado o paciente;

VIII - adotar novas técnicas ou materiais que não tenham efetiva comprovação científica;

IX - fornecer atestado que não corresponda á veracidade dos fatos codificados (cid) ou dos que não tenha participado.

Seção II

Com a Equipe de Saúde:

Art. 7º. No relacionamento entre os membros da equipe de saúde serão mantidos o respeito, a lealdade e a colaboração técnica-científica.

Art. 8º. Constitui infração ética :

I - desviar cliente de colega;

II - assumir emprego ou função sucedendo o profissional demitido ou afastado em represália por atitude de defesa de movimento legítimo da categoria ou da aplicação deste código;

III - praticar ou permitir que se pratique concorrência desleal;

IV - ser conivente em erros técnicos ou infrações éticas;

V - negar, injustificadamente, colaboração técnica de emergência ou serviços profissionais a colega;

VI - criticar erros técnicos - científico de colega ausente, salvo por meio de representação ao Conselho Regional;

VII - explorar colega nas relações de emprego ou quando compartilhar honorários;

VIII - ceder consultório ou laboratório, sem a observância da legislação pertinente;

IX - utilizar-se de serviços prestados por profissionais não habilitados legalmente.

Capítulo VI

DO SIGILO PROFISSIONAL

Art. 9º. Constitui infração ética:

I - revelar, sem justa causa, fato sigiloso de que tenha conhecimento em razão do exercício de sua profissão ;

II - negligenciar na orientação de seus colaboradores quanto ao sigilo profissional.

Parágrafo 1º. Compreende-se como justa causa, principalmente:

- a) notificação compulsória de doença;
- b) colaboração com a justiça nos casos previstos em lei;
- c) perícia odontológica nos seus exatos limites ;
- d) estrita defesa de interesse legítimo dos profissionais inscritos;
- e) revelação de fato sigiloso ao responsável pelo incapaz.

Parágrafo 2º. Não constitui quebra de sigilo profissional a declinação do tratamento empreendido, na cobrança judicial de honorários profissionais.

Capítulo VII

DOS HONORÁRIOS PROFISSIONAIS

Art. 10º. Na fixação dos honorários profissionais, serão considerados:

- I - a condição sócio - econômico do paciente e da comunidade;
- II - o conceito do profissional;
- III - o costume do lugar;
- IV - a complexidade do caso;
- V - o tempo utilizado no atendimento;
- VI - o caráter de permanência, temporariedade ou eventualidade do trabalho;
- VII - a circunstância em que tenha sido prestado o tratamento;
- VIII - a cooperação do paciente durante o tratamento;
- IX - o custo operacional.

Art. 11º. Constitui infração ética:

- I - oferecer serviços gratuitos a quem possa remunerá-los adequadamente;
- II - receber ou gratificar por encaminhamento de paciente;
- III - instruir cobrança através de procedimento mercantilista;
- IV - abusar da confiança do paciente submetendo-o a tratamento de custo inesperado;
- V - receber ou cobrar honorários complementares de paciente atendido em instituições públicas;
- VI - receber ou cobrar remuneração adicional de cliente atendido sob convênio ou contrato;

VII - agenciar, aliciar ou desviar, por qualquer meio, paciente de instituição pública ou privada, para a clínica particular;

VIII - cobrar ou receber honorários inferiores aos da Tabela Nacional para Convênios e Credenciados ou outra que a substitua, desde que aprovada por todas as entidades nacionais da Odontologia.

Capítulo VIII

DAS ESPECIALIDADES

Art. 12º. O exercício e o anúncio das especialidades em Odontologia obedecerão ao disposto neste Capítulo e às normas do Conselho Federal.

Art. 13º. O especialista, atendendo paciente encaminha por cirurgião-dentista, atuará somente na área da sua especialidade.

Parágrafo Único. Após o atendimento, o paciente será devolvido com os informes pertinentes.

Art. 14º. É vedado intitular-se especialista sem inscrição no Conselho Regional.

Art. 15º. Para fins de diagnóstico e tratamento o especialista poderá conferenciar com outros profissionais.

Capítulo IX

DA ODONTOLOGIA HOSPITALAR

Art. 16º. Complete ao cirurgião-dentista internar e assistir paciente em hospitais públicos e privados, com e sem caráter filantrópico, respeitadas as normas técnicas-administrativas das instituições.

Art. 17º. As atividades odontológicas exercidas em hospital obedecerão às normas do Conselho Federal.

Art. 18º. Constitui infração ética, mesmo em ambiente hospitalar, executar intervenção cirúrgica fora do âmbito da Odontologia.

Capítulo X

DAS ENTIDADES PRESTADORAS DE ATENÇÃO A SAÚDE BUCAL

Art. 19º. As clínicas, cooperativas, empresas e demais entidades prestadoras e/ou contratantes de serviços odontológicos aplicam-se as disposições deste Capítulo e as do Conselho Federal.

Art. 20º. Os profissionais inscritos, quando proprietários, ou o responsável técnico responderão solidariamente com o infrator pelas infrações éticas cometidas.

Art. 21º. As entidades mencionadas no artigo 19 ficam obrigadas a:

- I - manter a qualidade técnico - científica dos trabalhos realizados;
- II - proporcionar ao profissional condições mínimas de instalações, recursos materiais, humanos e tecnológicos definidas pelo Conselho Federal de Odontologia, as quais garantem o seu desempenho pleno e seguro, exceto em condições de emergência ou iminente perigo de vida;
- III - manter auditorias odontológicas constantes, através de profissionais capacitados;
- IV - restringir-se à elaboração de planos ou programas de saúde bucal que tenham respaldo técnico, administrativo e financeiro;
- V - manter os usuários informados sobre os recursos disponíveis para atendê-los.

Art. 22º. Constitui infração ética:

- I - apregoar vantagens irreais visando a estabelecer concorrência com entidades congêneres;
- II - oferecer tratamento abaixo dos padrões de qualidade recomendáveis.
- III - executar e anunciar trabalho gratuito com finalidade de licenciamento;
- IV - anunciar especialidades sem as respectivas inscrições de especialistas no Conselho Regional;
- V - valer se do poder econômico visando a estabelecer concorrência com entidades congêneres ou profissionais individualmente;

VI - propor remuneração pelos serviços prestados por profissionais a ela vinculados em bases inferiores à Tabela Nacional de Convênios e Credenciamentos.

VIII - não manter os usuários informados sobre os recursos disponíveis para o atendimento e deixar de responder às reclamações dos mesmos.

Capítulo XI

DO MAGISTÉRIO

Art. 23º. No Exercício do magistério, o profissional inscrito exaltar os princípios éticos e promoverá a divulgação deste Código.

Art. 24º. Constitui infração ética:

I - utilizar-se do paciente de forma abusiva em aula ou pesquisa;

II - eximir-se de responsabilidade nos trabalhos executados em pacientes pelos alunos;

III - utilizar-se da influência do cargo para aliciamento e/ou encaminhamento de pacientes para clínica particular.

Capítulo XII

DAS ENTIDADES DA CLASSE

Art. 25º. Compete às entidades da classe, através de seu presidente, fazer as comunicações pertinentes que sejam de indiscutível interesse público.

Parágrafo único. Esta atribuição poderá ser delegada, sem prejuízo da responsabilidade solidária do titular.

Art. 26º. Cabe ao presidente e ao infrator a responsabilidade pelas infrações éticas cometidas em nome da entidade.

Art. 27º. Constitui infração ética:

I - servir-se da entidade para promoção própria ou vantagens pessoais;

II - prejudicar moral ou materialmente a entidade;

III - usar o nome da entidade para promoção de produtos comerciais sem que os mesmos tenham sido testados e comprovada sua eficácia na forma da Lei;

IV - desrespeitar entidade, injuriar ou difamar os seus diretores.

Capítulo XIII

DA COMUNICAÇÃO

Art. 28º. A comunicação em Odontologia obedecerá ao disposto neste Capítulo e às especificações dos Conselhos Regionais, aprovados pelo Conselho Federal.

Seção I

Do Anúncio

Art. 29º. Os anúncios, placas e impressos restringir-se-ão:

I - ao nome do profissional, à profissão, ao título profissional e ao número de inscrição no Conselho Regional;

II - às especialidades nas quais o cirurgião - dentista esteja inscrito;

III - aos títulos de formação acadêmica mais significativos na profissão;

IV - ao endereço, telefone, horário de trabalho, convênios e credenciamentos.

Art. 30º. Constitui infração ética:

I - afixar placa externa, exceto no local de trabalho ou na residência;

II - usar títulos que não possua;

III - anunciar preços ou modalidades de pagamento.

Seção II

Da Propaganda e da Publicidade

Art. 31º. A propaganda e a publicidade poderão ser feitas através de veículos de comunicação, desde que sejam jornal e revista, obedecidos os preceitos da seção anterior.

Art. 32º. Constitui infração ética:

- I - utilizar-se de veículo de comunicação para promoção pessoal ou de colega;
- II - divulgar instalações, técnicas de tratamento e qualidades, próprias ou de colega;
- III - divulgar nome, endereço ou qualquer outro elemento que identifique o paciente;
- IV - dar consulta, diagnóstico ou prescrição de tratamento por meio de qualquer veículo de comunicação de massa, bem como permitir que sua participação na divulgação de assuntos odontológicos deixe de ter caráter exclusivo de esclarecimento e educação na coletividade;
- V - permitir a divulgação pública de observações clínicas ou de qualquer manifestação relativa à atuação do profissional;
- VI - divulgar tratamento ou técnica, sem fundamento científico;
- VII - aliciar pacientes.

Seção III

Da Entrevista

Art. 33º. O profissional inscrito pode utilizar-se de veículos de comunicação para conceder ou divulgar palestras públicas sobre assuntos de interesse social, assumindo inteira responsabilidade.

Seção IV

Da Publicação Científica

Art. 34º. Constitui infração ética:

- I - aproveitar-se de posição hierárquica para fazer constar seu nome na co-autoria de obra científica;
- II - apresentar como sua, no todo ou em parte, obra científica de outrem, ainda que não publicada;
- III - publicar, sem autorização, elemento que identifique o paciente;
- IV - utilizar-se, sem referência ao autor ou sem sua autorização expressa, de dados, informações ou opiniões coletadas em partes publicadas ou não de sua obra;
- V - falsear dados estatísticos ou deturpar sua interpretação.

Capítulo XIV

DA PESQUISA CIENTÍFICA

Art. 35º. Constitui infração ética:

- I - desatender às normas do órgão competente e à legislação sobre pesquisa em saúde;
- II - utilizar - se de animais de experimentação sem objetivos claros e honestos de enriquecer os horizontes do conhecimento odontológico e , conseqüentemente, de ampliar os benefícios à sociedade;
- III - desrespeitar as limitações legais da profissão nos casos de experiência in anima nobili;
- IV - infringir a legislação que regula a utilização do cadáver para estudo e/ou exercícios de técnicas cirúrgicas;
- V - infringir a legislação que regula os transplantes de órgãos e tecidos post - mortem e do "próprio corpo vivo";
- VI - realizar pesquisa em ser humano sem que este ou seu responsável, ou representante legal, tenha dado consentimento, por escrito, após ser devidamente esclarecido sobre a natureza e as conseqüências da pesquisa;
- VII - usar, experimentalmente sem autorização da autoridade competente, e sem o conhecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, qualquer tipo de terapêutica ainda não liberada para uso no país.

Capítulo XV

DAS PENAS E SUAS APLICAÇÕES

Art. 36º. Os preceitos deste Código são de observância obrigatória e sua violação sujeitará o infrator e quem, de qualquer modo, com ele concorrer para a infração, às seguintes penas previstas no artigo 18 da Lei nº 4.324, de 14 de abril 1904:

- I - advertência confidencial, em aviso reservado;
- II - censura confidencial, em aviso reservado;
- III - censura pública, em publicação oficial;
- IV - suspensão do exercício profissional até trinta (30) dias;
- V - cassação do exercício profissional ad referendum do Conselho Federal.

Art. 37º. Salvo nos casos de manifesta gravidade e que exijam aplicação imediata de penalidade mais grave, a imposição das penas obedecerá à gradação do artigo anterior.

Parágrafo Único. Avalia - se a gravidade pela extensão do dano e por suas conseqüências.

Art. 38º. Considera - se de manifesta gravidade, principalmente:

I - imputar a alguém fato antiético de que o saiba inocente, dando causa a instauração de processo ético;

II - acobertar ou ensejar o exercício ilegal da profissão;

III - exercer, após ter sido alertado, atividade odontológica em entidade ilegal, inidônea ou irregular;

IV - ocupar cargo cujo profissional dele tenha sido afastado por motivo de movimento classista;

V - exercer ato privativo de cirurgião - dentista, sem estar para isso legalmente habilitado;

VI - manter atividade profissional durante a vigência de penalidade suspensiva;

VII - praticar ou ensejar atividade torpe.

Art. 39º. A alegação de ignorância ou a má compreensão dos preceitos deste Código não exime de penalidade o infrator.

Art. 40º. São circunstâncias que podem atenuar a pena:

I - não ter sido antes condenado por infração ética;

II - ter reparado ou minorado o dano.

Art. 41º. Além das penas disciplinares previstas, também poderá ser aplicada pena pecuniária a ser fixada pelo Conselho Regional, arbitrada entre 5 (cinco) e 25 (vinte e cinco) vezes o valor da anuidade.

Parágrafo Único. Em caso de reincidência, a pena será aplicada em dobro.

Capítulo XVI

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 42º. O profissional condenado por infração ética às penas previstas no artigo 18 da Lei 4.324, de 14 de abril de 1964, poderá ser objeto de reabilitação, na forma prevista no Código de Processo Ética Odontológica.

Art. 43º. As alterações deste Código são da competência exclusiva do Conselho Federal, ouvidos os Conselhos Regionais.

Art. 44º. Este Código entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 1992