



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2019.0000795053

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1005671-85.2017.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes VIVIAN APARECIDA MACHADO e CLÍNICA ODONTOLÓGICA PRIMAVERA, são apelados JOSE ANTONIO VIEIRA TINOCO e MARCELO JOSE BELINTANE FONTANA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentaram, oralmente, o Dr. Joaquim Diniz Pimenta neto, OAB 149.254/SP e o Dr. Daniel Rebouçls Bressane, OAB 154.359/SP", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RÔMOLO RUSSO (Presidente) e MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL.

São Paulo, 25 de setembro de 2019

MARY GRÜN

RELATORA

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO Nº: 17419

APEL. Nº: 1005671-85.2017.8.26.0003

COMARCA: SÃO PAULO

**APTE. : VIVIAN APARECIDA MACHADO e CLÍNICA ODONTOLÓGICA
PRIMAVERA**

**APDO. : JOSÉ ANTONIO VIEIRA TINOCO e MARCELO JOSÉ BELINTANE
FONTANA**

INTERESSADO: OSMAR DE SOUZA AMARAL

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO REGRESSIVA. Indenização paga por clínica odontológica em ação movida por paciente em razão de insucesso de tratamento odontológico. Ação regressiva ajuizada contra os profissionais responsáveis pelo tratamento. Sentença de improcedência. Apelo das autoras. Ausência de comprovação de responsabilidade dos réus pelo insucesso do tratamento odontológico do paciente. Laudo pericial que apontou diversas possíveis causas, mas nem todas implicam conduta imputável aos réus. Ônus da prova de culpa do profissional liberal que incumbe às autoras, por se tratar de fato constitutivo do seu direito de regresso. Ação improcedente. Recurso desprovido.

Vistos.

Trata-se de “AÇÃO DE COBRANÇA REGRESSIVA” (*sic*) ajuizada por VIVIAN APARECIDA MACHADO e CLÍNICA ODONTOLÓGICA PRIMAVERA em face de JOSÉ ANTONIO VIEIRA TINOCO e MARCELO JOSÉ BELINTANE FONTANA, fundada em direito de regresso de indenização paga a OSMAR DE SOUZA AMARAL em razão de erro médico praticado pelos réus.

A r. sentença (fls. 355/359), disponibilizada no



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

DJe de 28/11/2018 (fls. 360), julgou a ação nos seguintes termos:

“Ante o exposto e por tudo o que consta dos autos, JULGO IMPROCEDENTE a presente ação, o que faço nos termos do art. 487, I do Código de Processo Civil.

Em razão da sucumbência, condeno as autoras ao pagamento das custas e despesas processuais, bem com honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da causa atualizado.”

Inconformadas, apelam as autoras (fls. 361/374).

Afirmam que a culpa dos apelados foi expressamente reconhecida na ação ajuizada pelo paciente (processo nº 0150035-88.2008.8.26.0002) e que a prova testemunhal confirmou que a avaliação e o procedimento dos implantes dentários que causaram danos ao paciente foram realizados pelos réus.

Argumentam que cabe aos profissionais odontólogos *“o dever de exercer ato privativo profissional de preparo, esclarecimento e suporte”* e que *“O fato de a clínica receber e armazenar documentação não se confunde com o efetivo exercício profissional em cumprir as obrigações e responsabilidades privativas e exclusivas do profissional habilitado e especializado”* (fls. 364).

Dizem que *“restou certo e incontroverso nos autos é que os apelados não provaram que providenciaram e entregaram a documentação técnica alguma às apelantes”* (fls. 365).

Sustentam que *“A prova da correta conduta profissional era e é dos apelados, que quedaram inertes”* (fls. 366), e que o laudo pericial não afastou a ocorrência da falha na



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

prestação dos serviços.

Explicam que *“não merece prosperar a alegação dos apelados de que agiram regularmente com os procedimentos cirúrgicos, pois, se assim fosse, não haveria insucesso na realização do procedimento, ou, em havendo, este seria sanado através dos procedimentos apontados na prova pericial”* (fls. 370).

Requerem a reforma da r. sentença a fim de que os apelados sejam condenados a arcar com a condenação suportada por elas.

Tempestivo, o recurso foi regularmente processado, recolhido o preparo (fls. 375/379).

Contrarrazões pelos réus (fls. 382/388).

É o relatório.

As autoras-apelantes ajuizaram a presente ação regressiva postulando o reembolso dos valores por elas despendidos com o pagamento de indenização a Osmar de Souza Amaral, por força de sentença proferida em ação movida por este contra a clínica autora, fundada em ocorrência de erro médico no tratamento odontológico realizado pelos réus desta ação (processo nº 0150035-88.2008.8.26.0002).

Sabe-se que a responsabilidade do profissional liberal estará caracterizada mediante verificação de culpa (art. 951 do CC), ainda que se esteja diante de relação de consumo (art. 14, §4º, CDC). Assim sendo, o acolhimento da pretensão das autoras-apelantes dependeria da comprovação da culpa dos réus-



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

apelados pelo insucesso do tratamento odontológico do paciente, o que, contudo, não restou evidenciado nos autos.

Vejamos.

O laudo pericial elaborado no processo nº 0150035-88.2008.8.26.0002 concluiu que não era possível apontar o que teria levado ao insucesso do tratamento odontológico ao qual foi submetido o paciente Osmar de Souza Amaral na clínica autora, apresentando, contudo, algumas causas possíveis: planejamento inadequado, falta de indicação clínica, presença de processo infeccioso na região ou falta de cuidados pós-operatórios do paciente, tais como alimentação, má higienização, esforço físico, uso indevido de medicação e outros (fls. 111/120). A r. sentença proferida naqueles autos (fls. 168/174), por conseguinte, afirmou que todas as possíveis causas apontadas pelo perito implicariam falha na prestação do serviços, porque caberia ao dentista planejar e realizar o tratamento adequado identificar eventual processo infeccioso na região, fornecer orientação acerca dos cuidados do pós-operatório e obter consentimento informado do paciente, razão pela qual julgou procedente a ação movida contra a clínica autora.

Ocorre que, embora os réus-apelados realmente tenham sido os profissionais responsáveis pela avaliação e início do tratamento, a prova testemunhal colhida nestes autos evidenciou que um ano após o início do tratamento do paciente eles deixaram a clínica apelante, prosseguindo o tratamento sob a responsabilidade de outro profissional. E, na última ocasião em que atenderam o paciente em questão, os réus-apelados



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

constatarem a presença de inflamação na região em razão de higienização insuficiente e prescreveram o tratamento adequado, de modo que nem todas as possíveis causas de insucesso reconhecidas pelo perito judicial e pela r. sentença podem ser imputadas aos réus-apelados, não havendo que falar em reconhecimento de responsabilidade deles pelos danos ocasionados ao paciente.

O acórdão proferido naqueles autos (fls. 221/231), por sua vez, manteve a condenação por entender que as instituições de saúde respondem objetivamente pelos danos experimentados por seus pacientes e que, portanto, a clínica demandada seria responsável pelos danos causados, pois o tratamento não atingiu o resultado esperado e prometido ao paciente e a clínica demandada *“não logrou comprovar, como lhe cabia, ter observado estritamente o protocolo cirúrgico/protético para o tratamento oferecido, ou que os danos ocorreram por culpa exclusiva e/ou concorrente do autor”* (higienização inadequada), nem que *“prestou orientações simples, claras e diretas acerca das condutas que deveria ter para evitar infecções e outras intercorrências após a cirurgia”*. Ora, ao aplicar à hipótese em comento a teoria da responsabilidade objetiva das instituições de saúde, o acórdão afastou a necessidade de se perquirir acerca da existência de culpa dos profissionais responsáveis pelo tratamento, bastando para a configuração da responsabilidade da clínica demandada a comprovação da conduta (tratamento odontológico), do dano (insucesso do tratamento) e do nexo de causalidade entre ambos, de modo que daí também não se pode extrair qualquer reconhecimento de culpa dos réus-apelados.

Assim sendo, tem-se que não houve qualquer



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

menção, naqueles autos, à conduta dos ora réus-apelados como causa determinante do insucesso do tratamento do paciente, ao contrário do que pretendem fazer crer as autoras-apelantes.

Ademais, não prospera a alegação das autoras-apelantes de que caberia aos réus-apelados ter sob sua guarda os documentos relativos ao tratamento do paciente, pois, como bem salientado pelo juízo *a quo*, “os réus eram contratados da clínica para prestar serviços de implantes dentários na época e recebiam parte dos valores pagos pelos pacientes, o que foi confirmado pelas partes. Ademais, todo o tratamento foi combinado e pago diretamente pelo paciente e a clínica, conforme fls. 24/30. Assim, toda a documentação do paciente era de responsabilidade da clínica” (fls. 357). De qualquer forma, não basta ao acolhimento da pretensão das autoras-apelantes a simples alegação de que os réus-apelados não teriam se desincumbido do dever de obter o consentimento livre e informado do paciente, sendo imprescindível a comprovação de tais alegações, que, contudo, inexistem nos autos. Ao contrário, o paciente apresentou, na petição inicial da ação indenizatória por ele ajuizada, documento que estava em seu poder e do qual constavam os cuidados necessários no pós-operatório (fls. 30), evidenciando que não houve desídia dos réus-apelados após a colocação dos implantes.

A culpa do profissional liberal é fato constitutivo do direito das autoras-apelantes ao exercício do seu direito de regresso, de modo que incumbia a elas o ônus de comprovar a sua ocorrência, e não o contrário, por força do art. 373, I, do CPC. Observe-se ainda que, inexistindo entre as partes



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

relação de consumo, não há que falar em inversão do ônus da prova em favor das autoras-apelantes.

Assim sendo, não tendo as autoras-apelantes se desincumbido do ônus de comprovar a conduta culposa dos réus-apelados como causa determinante do insucesso do tratamento do paciente, não há que falar em direito de regresso em favor das autoras-apelantes quanto às quantias despendidas com o pagamento de indenização ao paciente, razão pela qual a ação deve ser julgada improcedente.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nega-se provimento** ao recurso.

O presente apelo foi interposto sob a égide do atual CPC, que determina o arbitramento de honorários advocatícios em recurso (art. 85, § 1º, CPC). Assim, majoro os honorários advocatícios em favor do patrono dos réus de 10% para 15% do valor da causa.

MARY GRÜN

Relatora