



PAULO EMENDABILI SOUZA BARROS DE CARVALHOSA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ODONTOLOGISTA
ESPECIALIZADO EM HARMONIZAÇÃO OROFACIAL**

Monografia apresentada à Faculdade Sete Lagoas - Facsete, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Harmonização Orofacial, sob orientação do Prof. Ms. Fabio Moschetto Sevilha.

SÃO PAULO

2018

RESUMO

O presente trabalho jurídico estabelece e esclarece a relação existente entre a Odontologia e a Responsabilidade Civil, tendo por escopo focalizar a responsabilidade civil por ato ilícito do Odontologista especialista em Harmonização Facial.

ABSTRACT

This legal work establishes and clarifies the relationship between Dentistry and Civil Responsibility, focusing on civil liability for an unlawful act of the Odontologist specialized in Facial Harmonization.

SUMÁRIO

1. Introdução	4
2. Proposição	8
3. Revisão da Literatura	9
3.1 Breve abordagem á Constituição Federal de 1968	9
3.2 Princípios da legalidade ou reserva legal	9
3.3 Do direito à imagem	13
3.4 Característica do direito à imagem	18
3.5 A jurisprudência nos tribunais superiores quanto ao direito de imagem	20
3.6 Do direito constitucional de defesa – Do devido processo legal	22
3.7 Da legislação regulamentadora da Odontologia – Lei nº 5.081/66 e a resolução CFO nº 63/2005	28
3.8 Acenos da responsabilidade civil por ato ilícito	32
3.9 Acenos da responsabilidade civil do cirurgião dentista	37
3.10 Teorias subjetiva e objetiva da responsabilidade civil	43
3.11 Das espécies de culpa	48
3.12 Do dano	49
3.13 Dos Requisitos do dano indenizável	49
3.14 O ato ilícito odontológico	51
3.15 Das obrigações de meio e das obrigações de resultado nas especialidades odontológicas	57
3.16 A aplicação do código de proteção e defesa do consumidor na odontologia	59
3.17 Da inversão do ônus da prova	63
3.18 Do necessário consentimento informado do paciente	65
4. Conclusão	67
5. Referências	69

1. INTRODUÇÃO

Adiante-se que o método adotado na concepção e execução deste trabalho, será prevalentemente expositivo e dedutivo.

Parte-se do princípio factual que o exercício da Odontologia dos últimos 30 (trinta) anos sofreu notáveis transformações.

A Odontologia deixou de ser um trabalho procedimental - clínico - cirúrgico, de características artesanais, exercidas por um profissional único, sediado em seu consultório, colocado em relação direta com os seus pacientes, para progressivamente se transmudar numa Odontologia prevalentemente de negócios.

O elevado custo de aquisição de um local físico para exercer a Odontologia, aliado aos custos de aquisição de equipamentos e materiais odontológicos e cosméticos, praticamente, nos dias hodiernos, inviabilizou para o Cirurgião-Dentista exercer a Odontologia nos moldes e nos padrões tradicionais anteriores aos anos 1990, proletarizando o profissional, que de profissional-liberal, não raro, passou a ser assalariado de grupos que capitalizam a Odontologia.

Contudo, tanto aqueles que exercem a Odontologia nos padrões tradicionais da profissão, como aqueles que, por força do mercado impositivo, se assalariaram, ambos se encontram sujeitos às mesmas regras éticas, administrativas, civis e penais, quando da ocorrência do ato ilícito no exercício profissional.

A razão desta preferência se dá pelo fato que a partir dos anos 1990 a sociedade passou por tão profundas modificações, exacerbadamente radicais, que estas alteraram profundamente o comportamento dos singulares indivíduos, o que torna difícil avaliar com precisão, em termos antropológicos, o total e preciso alcance destas alterações, que continuam se desenvolvendo nas próximas gerações, visto que o mundo anterior às últimas décadas do Século XX, tal como visto pela perspectiva atual, a tantos parecerá jurássico, a não dizer absolutamente distante e desconhecido, difícil de perceber e sopesar, tal

como o indivíduo do Renascimento Italiano sentia em si os superados valores da Idade Média...

Esta geração, nascida pelos idos anos de 1990, hoje adulta, passou a ser conhecida como integrada por “pessoas digitais” (Geração Z), completamente absorvidas pela conectividade permanente obtida pela rede mundial de computadores – internet – coligada a uma miríade de globais aparelhos celulares, i-phones, computadores, notebooks, e similares, em contínua evolução tecnológica e mercadológica.

Neste contexto social global atual, a autoimagem transmitida, via fotografias ou vídeos, por conexão globalizada, ganhou relevância em todos os ambientes sociais, de modo que as personalidades, antes formadas sobre valores adquiridos por uma educação tradicional, na qual ganhavam destaques: a discricção, a reserva do íntimo, a veracidade da própria imagem e da própria família exposta a terceiros; tudo inserido num contexto familiar, social e laboral, assim transmitida aos outros pelo contato direto, traduzida enquanto sinônimo de uma educação esmerada, ganharam recentemente, em termo históricos, o desdobramento da personalidade virtual, exteriorizada via internet, com amplíssima exposição do “eu”, num exercício contínuo de vaidades públicas e privadas, singulares e coletivas, todas interligadas via internet, permanentemente...

Evidente que nesta sociedade contemporânea se desenvolveu um crescente “culto ao belo”, entenda-se isto como se quiser entender, dado que valor altamente subjetivo, do ponto de vista estético, como antes jamais visto em toda a história da Humanidade.

A apresentação pública e privada das pessoas passou a exercer uma pressão incoercível sobre os indivíduos a ponto de promover a ocorrência do florescimento célere de toda uma indústria da beleza, da estética, da harmonização, entendidas sob o prisma subjetivo do “belo”, valor este, mais das vezes, impingido pela indústria mediática, empenhada em calcar padrões, *latu senso*.

Decorre disto que se apresentar bem segundo os padrões estéticos vigentes para o momento social, padrões estes que também mudam,

ocorrendo isto dia a dia, tudo na dependência das crescentes pressões estéticas e mercadológicas, que passaram a moldar a face, o corpo, o vestuário, a propriedade ou a posse de qualificados bens móveis e bens imóveis, passando a integrar a personalidade virtual adquirida e projetada por cada ser humano integrado no meio global de interconectividade.

Este comportamento se tornou requisito opressivo, por passar a ser considerado imprescindível, de todo obrigatório, para se conseguir êxito profissional, aceitação social, sexual, emocional, financeira, resultando para quem não se enquadrar nestes padrões dominantes, ou no exílio forçado do meio, ou no sofrimento continuado por ser distinto como diferente do comportamento da maioria ou, ainda, sofrer por ambos os cenários projetados.

Como consequência incidental, a Odontologia, como ciência biológica, clínica, cirúrgica, farmacológica, e psicológica, foi atingida enquanto os pacientes passaram a progressiva e insistentemente buscar e exigir tratamentos odontológicos visando não mais e tão apenas recuperar a sua saúde bucal, mas também obter do Odontólogo uma beleza estética oral e facial, de forma integrada e equilibrada.

Desta feita, ocorreu a gradativa substituição do clínico geral por um número cada vez maior de especializações acadêmico-profissionais, *pari passu* ao surgimento de um paciente bem mais exigente e atento à sua saúde oral e beleza facial.

Porém, ao mesmo tempo, este paciente tornou-se cada vez mais consciente de seus direitos, sobretudo os inerentes aos Direitos do Consumidor e os de Dano Estético, Material e Moral.

Decorreu disto o vertiginoso crescimento da ocorrência de proposição de ações administrativas junto aos Conselhos Regionais de Odontologia (CROs), e judiciais, tanto penais como cíveis, contra Cirurgiões-Dentistas, de parte de pacientes que pleiteiam indenizações materiais e morais visando reparação de alegados danos sofridos em decorrência de alegadas negligências e imperícias que hipoteticamente conduziram ao insucesso de procedimentos estéticos odontológicos e de harmonização facial.

Certo ainda é que alguns destes pacientes visam antecipadamente o enriquecimento sem causa, quando agem de má-fé ao proporem ações previamente calibradas, engendradas antes de colocarem os pés no consultório, visando arrecadar dinheiro fácil às expensas do profissional ilibado, ou empresa idônea a que subordinado, que mais das vezes, cedem a um mau acordo preliminar, a se verem livres do processo, cedendo a uma pretendida lógica jurídica malévola, dado o temor de pesada condenação ao final da ação, por entender que o paciente tem a seu favor a legislação.

Portanto, trata-se de tema atual, de relevância profissional, social e jurídica, acenando-se neste trabalho os princípios gerais que pautam a defesa do Cirurgião-Dentista, sobretudo quando especializado para exercer seu ofício do ponto de vista estético, além de matéria jurídica que informa a especialidade e profissão, e que vê a cada dia o crescimento da judicialização de seu ofício considerando-se, via geral, a questão da responsabilidade civil e do dever de indenizar, acenando-se para os institutos legais pertinentes, utilizando-se o autor, para este fim, da pesquisa doutrinária-bibliográfica e jurisprudencial sem, contudo, pretender esgotar toda a temática, o que exigiria trabalho de bem maior fôlego.

2. PROPOSIÇÃO.

Propõe-se, pois, neste trabalho, situar o especialista em Harmonização Facial em relação aos riscos legais e jurídicos implicados no exercício desta especialidade, no mundo atual.

3. REVISÃO DE LITERATURA

3.1 Breve abordagem à Constituição Federal de 1988.

A presente abordagem, se esclarece, é específica, aplicada ao tema discutido neste trabalho de conclusão de curso.

A Constituição Federal de 1988, promulgada para o resgate da cidadania plena após o período repressivo durado um vintênio no Brasil, a partir de 1964, visou em seu capítulo inicial assegurar uma série de garantias constitucionais por meio de princípios fundamentais sobre os quais se assenta todo o ordenamento constitucional e jurídico.

3.2 Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal.

O art. 5º da Constituição Federal é o pilar central da cidadania, sobre o qual se construiu o conceito amplo do Estado Democrático de Direito.

O inciso II do citado artigo afirma que: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.

Trata-se de comando geral e abstrato, decorrendo disto, do ponto de vista prático, que a legislação infraconstitucional é vinculante de todos os aspectos da vida dos cidadãos e cidadãs, que devem, enquanto cidadãos e cidadãs, total obediência às leis, pena de serem de alguma forma punidos, caso assim não procedam.

Assim o sendo, somente a lei poderá criar direitos, deveres, obrigações e vedações, ficando todos os cidadãos vinculados aos comandos legais, inclusive aqueles que disciplinam as suas atividades profissionais, tratando-se o princípio da legalidade de uma das mais importantes garantias constitucionais.

Através deste princípio, procura-se proteger os indivíduos contra os arbítrios cometidos pelo Estado e até mesmo contra os arbítrios cometidos por

outros particulares. Assim, os indivíduos têm ampla liberdade para fazerem o que quiserem, desde que não seja um ato, um comportamento ou uma atividade proibida por lei, ou em desvio dela.

Hans Kelsen, em seu livro: “Teoria Pura do Direito”, de 1934, postulou: *“A ciência jurídica procura apreender o seu objeto “juridicamente”, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica”* (KELSEN, 1999, p. 50).

Embora possa parecer difícil de entender o princípio kelseniano acima enunciado, este princípio, embora abstrato, porquanto a norma jurídica não expressa o que é, o que existe, em termos obrigacionais vinculantes dos indivíduos à ordem jurídica, e sim e tão somente um: - “dever ser” - ou seja, a norma jurídica tem caráter de obrigatoriedade vinculativa, definindo a conduta esperada para cada fato da vida cotidiana das pessoas físicas e também jurídicas.

Não existem, ao menos por ora, normas jurídicas que vinculem outros seres ou coisas que estejam fora do âmbito da espécie humana, ou à mesmo se refiram. Mesmo as normas de proteção ao meio ambiente, à flora, e à fauna, ao final da análise normativa, percebe-se que o que se busca é a proteção ambiental que possibilita a vida humana.

Assim o sendo, os comandos normativos são dirigidos à conduta humana, e as normas jurídicas proíbem, obrigam, permitem, constituem, desconstituem, premiam e definem as competências gerais e específicas de pessoas de Direito Público e respectivas sanções, a todos dirigidas, inclusive para as pessoas de Direito Privado, físicas e jurídicas, sendo que a sanção se traduz, fundamentalmente, no mundo do Direito, bem como, concreto, em um ônus, num “preço a pagar”, como consequência lógica, ordenada, positivada, da norma jurídica infringida¹.

¹ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Da norma ao ordenamento: uma visita a Kelsen e Bobbio*. Revista Direito em Debate, Ano X nº 16/17 jan./jun. 2002, no sítio eletrônico: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/773/495>>. Último acesso em 11 de fevereiro de 2018.

O exemplo maior disso é a norma infraconstitucional esculpida no art. 121 do Código Penal que disciplina, no seu *'caput'* o homicídio simples, sendo que homicídio somente é tido como tal quando se reveste do ato pelo qual uma pessoa destrói, ilicitamente, a vida de outra, suprimindo-a, cassando-a, por qualquer meio.

Veja-se que o verbo transladado do artigo citado é “matar”.

Quando do homicídio consumado ou tentado na sua forma simples, tem-se a seguinte norma: “*Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos*”.

Portanto, para esta conduta humana: ‘matar’, ilicitamente, corresponde uma sanção, qual seja, a pena de reclusão, de seis a vinte anos.

Observe-se que norma não traz o comando: ‘não matarás’, tal como expresso no Quinto Mandamento mosaico, e sim tão somente conduta de matar outro ser humano, de todo vazia de conteúdo moral ou religioso, tão somente abstrata, mas que, em caso de ocorrência real, concreta, implicará em sanção necessária ao seu autor, ou seja, no caso do ordenamento penal brasileiro, a restrição de sua liberdade corporal, no caso, reclusão, por período temporal de seis a vinte anos.

Observe-se ainda, que nesta mesma norma penal há previsão expressa de conduta ilícita para o Cirurgião Dentista (e outros profissionais, por óbvio), pois que o § 4º do art. 121, do Código Penal (CP), prevê agravante de pena no homicídio culposo, sendo que a pena será aumentada de 1/3 (um terço) se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, e não procura diminuir as consequências do seu ato, ou ainda, foge para evitar prisão em flagrante (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003).

Adendo necessário, na exposição deste tópico, diante do exemplo mencionado, explicitar que há hierarquia entre as normas do ordenamento, equacionada por Kelsen², e por isso chamada Pirâmide de Kelsen, que

² In <https://foodsafetybrazil.org/constituicao-hierarquia-normas-juridicas/> acessado aos 14/02/2018

hierarquiza as normas jurídicas, ordenando-as por importância, em cujo ápice encontram-se as normas constitucionais, tal como a seguir exposto:



Observa-se que a ordem constitucional informa as demais normas, que lhe estariam subordinadas, tais como os Códigos de Processo Penal e Civil, os Códigos Penal e Civil, o Código do Consumidor etc.

Abaixo destes, se encontram os decretos, as portarias, os regulamentos e as resoluções, dentre as quais as resoluções do Conselho Federal de Odontologia (CFO), as quais, portanto, se subordinam às leis e à Constituição Federal.

Por fim, todo o ordenamento é informado e sobre influências dos tratados internacionais e da ordem jurídica internacional, desde que incorporados, recebidos, pelo ordenamento jurídico pátrio.

3.3 Do direito à imagem.

Walter Moraes, desembargador paulista já falecido, tratou desta matéria com extrema precisão.

De seu trabalho se extrai de forma precisa o conceito jurídico de imagem humana, por ser esta:

“Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito. A ideia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. Compreende, além, a imagem sonora da fonografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade. A cinematografia e a televisão são formas de representação integral da figura humana. De uma e de outra pode dizer-se, com De Cupis, que avizinham extraordinariamente o espectador da inteira realidade, constituindo os mais graves modos de representação no que tange à tutela do direito. Não falta quem inclua no rol das modalidades figurativas interessantes para o direito, os ‘retratos falados’ e os retratos literários, conquanto não sejam elas expressões sensíveis e sim intelectuais da personalidade. Por outro lado, imagem não é só o aspecto

físico total do sujeito, nem particularmente o semblante, como o teriam sustentado Schneickert e Koeni. Também as partes destacadas do corpo, desde que por elas se possa reconhecer o indivíduo, são imagem na índole jurídica: certas pessoas ficam famosas por seus olhos, por seus gestos, mesmo pelos seus membros.”³

Para Uadi Lammêgo Bulos, o direito à imagem:

“(...) trata-se de uma noção ampla, que inclui os traços característicos da personalidade, fisionomia do sujeito, ar, rosto, boca, partes do corpo, representação do aspecto visual da pessoa pela pintura, pela escultura, pelo desenho, pela fotografia, pela configuração caricata ou decorativa. Envolve, também, a imagem física, a reprodução em manequins e máscaras, por meio televisivos, radiodifusão, revistas, jornais, periódicos, boletins, que reproduzem, indevidamente, gestos, expressões, modos de se trajar, atitudes, traços fisionômicos, sorrisos, aura, fama etc”⁴

Na atual Constituição, o direito à imagem está previsto em três tópicos distintos do artigo 5º: incisos V, X e XXVIII, alínea “a”.

³ MORAES, Walter. *Direito à própria imagem I*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, setembro de 1972, p. 64, et seq.

⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146.

No inciso V do citado artigo, encontra-se o conceito de proteção da imagem, chamada por Luiz Alberto David Araújo como sendo aquele de “imagem-atributo”⁵.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à imagem foi erigido ao status de direito autônomo, integrante dos amplos direitos da personalidade humana, dotando-o de proteção legal, independentemente da ofensa ou não de qualquer outro direito da personalidade.

Reza a Constituição Federal a este respeito:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...) XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da

⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 110.

imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

De interesse fundamental para o Cirurgião-Dentista os três incisos mencionados do art. 5º da Constituição Federal, vez que não somente o seu trabalho voltado estritamente à estética facial e odontológica pode sofrer sanções que implicam em dever de indenizar pacientes sob seus cuidados do ponto de vista material e moral, mais sim e bem como a exposição da imagem destes pacientes quando da divulgação não autorizada para fins de divulgação científica, didática ou propagandística, de seu trabalho.

Importante ressaltar também que não somente os maiores capazes podem acionar judicialmente os profissionais odontológicos da estética, como também os menores, dado que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, a proteção à imagem da criança e do adolescente, pois que em seu artigo 17, determina que: *“o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”*.

Sem pretender exaurir o amplo leque teórico que informa este direito fundamental constitucional à imagem, centraliza-se que nosso ordenamento adota a teoria do direito autônomo que encontra especificidade, legalidade, validade e eficácia, no direito positivo brasileiro, tal como no citado Estatuto da Criança e do Adolescente, exemplificativamente, portanto, legislação infraconstitucional, que também consagra a autonomia plena do direito à imagem para todos os indivíduos, em consonância com a Constituição Federal.

A legislação internacional, que afirma princípios universais, também informa nosso ordenamento a respeito da matéria. É de se evidenciar a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada na Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, como marco inicial da proteção dos direitos do homem, afirmativo de princípios de cunho universal.

Contudo, proteções aos direitos humanos, de modo amplo e irrestrito, remontam a tempos antigos, primordiais da Humanidade, desde o Egito e

Mesopotâmia, citando-se o Código de Hamurabi, o Código de Ur-Namu, o Budismo, a Antiguidade greco-romana, o Cristianismo, a Magna Carta, o *Habeas Corpus Act* de 1679, o *Bill of Rights* de 1689, e tantos outros institutos religiosos, morais e jurídicos.

Destaca-se preceito basilar bíblico quanto à imagem humana vez que: *“Deus criou o homem à sua imagem; à imagem de Deus Ele o criou”* (Gên. 1.27).

Neste sentido, procedimentos odontológicos voltados à alteração da imagem com fins estéticos ganham contornos não indiferentes, posto que são graves, são pesadas, as heranças conceituais, ética, moral, religiosa e jurídica, que informam a imagem humana ao longo dos tempos.

O Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966 consagra o artigo 12 da Declaração de 1948, no sentido que toda pessoa terá direito à liberdade de expressão, receber e difundir informação de qualquer natureza, ressalvado o respeito à reputação das demais pessoas.

Dispõe o art. 12 mencionado que: *“ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência nem a ataques à sua honra e reputação”*.

O ornamento jurídico pátrio, informa a doutrina, realçou cinco aspectos importantes do direito à própria imagem: primeiro, colocou o problema no terreno do direito da personalidade; segundo, reconheceu a tutela dos próprios traços físicos originais do sujeito; terceiro, passou a punir a captação da imagem sem o consentimento da pessoa fotografada; quarto, estendeu a tutela jurídica à imagem dinâmica (vídeos, filmes, p. ex.); e finalmente, quinto, sentenciou a imposição de tutela jurídica indenizatória àqueles que viram vulnerados o seu direito à imagem⁶.

Por fim, o Código Civil brasileiro, informa no seu art. 20, que: *Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser*

⁶ MORAES, Walter. *Direito à própria imagem II*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 444, outubro de 1972, p. 22, *et seq.*

proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Assim sendo, o direito de defesa da tutela jurídica e jurisdicional ao direito de imagem, supera a própria vida do lesado, alcançando seus familiares ascendentes ou descendentes, legitimando-os para proporem medidas jurídicas hábeis para esta tutela, pleiteando medidas de cunho indenizatório.

Walter Moraes insiste em lecionar que: “ (...) a regra constitucional da imagem, notadamente a do inciso X do art. 5º, não é uma norma programática, como soem dizer das normas que requerem regulamentação e não são autoaplicáveis. O preceito do direito à imagem das pessoas, conquanto comporte disciplina ordinária para alcançar a extensão jurídica atingida pela doutrina e pelas leis estrangeiras, não é programático; contém um mínimo autoaplicável a saber: protege a imagem pessoal correspondente, objetivamente, ao conceito mais vulgar de imagem e, subjetivamente, ao direito exclusivo de uso, gozo e disposição da imagem pelo titular”⁷.

O conceito de norma autoaplicável, do ponto de vista jurídico e constitucional, é aquele no qual a norma traz em seu bojo uma sanção coligada à sua infração, não dependendo a norma de outra norma que a regule, neste sentido, completando-a do ponto de vista kelseniano.

3.4 Características do direito à imagem.

As características principais deste direito são os seguintes:

É *direito subjetivo privado e absoluto*, ou seja, pertence ao particular, e todos, sem exceção, devem observar respeito a este direito;

⁷ MORAES, Walter. Como se há de entender o Direito Constitucional à própria imagem. Repertório IOB de Jurisprudência, n. 5/89, 1ª quinzena de março de 1989, p. 82, *et seq.*

É também *direito personalíssimo*, de todo inerente ao seu titular, a pessoa, contudo, é também dotado de conteúdo patrimonial, quando, por meio de seu exercício, venha a gerar bens com valor econômico e, portanto, também indenizações, quando vier a ser violado;

É *direito inalienável*, ou seja, não pode ser negociado;

É *direito irrenunciável*, ou seja, ninguém pode negar a si mesmo este direito, por contrato, por exemplo, visto que este contrato, judicialmente, será considerado nulo de pleno direito;

Em geral, é *direito inexpropriável*, ou seja, não é passível de desapropriação por qualquer meio e por qualquer pessoa, jurídica ou física, tanto de Direito Público, como de Direito Privado;

É *direito intransmissível mortis causa*, ressalvado que se preserva, após a morte do seu titular, a legitimidade para obter tutela indenizatória, mesmo em se tratando apenas de ausente não localizado após longo transcurso de tempo, podendo ser exercido pelo cônjuge, ascendentes ou descendentes;

É, por fim, *direito imprescritível*, ou seja, ocorrida a lesão, que gera o direito à proposição de uma ação judicial indenizatória, não prescreve, podendo ser este direito de ação exercido mesmo após longo tempo decorrido entre a lesão e a proposição da ação por seus titulares legitimados para tal fim.

Decorre desta caracterização que: I - a ninguém é dado o direito de fixar e reproduzir imagem sem autorização do seu titular; II - a autorização não se presume, salvo casos particulares, devendo, regra geral, ser contratada por escrito, presumindo-se ser onerosa, ou seja, autorizada mediante remuneração econômica; III – a autorização é limitada ao seu objeto específico, ou seja, se autorizada a divulgação da imagem para fins didáticos, não poderá ser usada para fins propagandísticos, pena de ser considerada em juízo uma lesão a direito de imagem, de cunho indenizável⁸.

⁸ FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 1996, p. 268.

A literatura prevê três exceções em que a utilização da imagem alheia não dependeria do consentimento do seu titular, segundo o citado Walter Moraes, em obra citada, p. 82:

A da pessoa figurando numa visão geral do meio empregado para retratar ou filmar geral, como, por exemplo, na retratação de uma paisagem em meio a uma multidão;

A do uso da figura para estudo artístico, como no caso dos modelos vivos para escultores, pintores, fotógrafos etc;

A da representação humorística, enquanto caricatura.

3.5 A jurisprudência nos Tribunais Superiores quanto ao direito de imagem.

A jurisprudência dos tribunais superiores, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, protegem o direito à imagem, tido como ofensa à honra, como lesão à privacidade ou à intimidade.

O Supremo Tribunal Federal (STF), estabeleceu precedente protegendo a imagem humana, diante da utilização de fotografia, em anúncio com fim lucrativo, sem a devida autorização da pessoa fotografada.

Sob a égide da Constituição da República de 1988, ao consagrar o direito à imagem como direito autônomo, selecionou-se este julgado prolatado pelo STF:

“CONSTITUCIONAL. DANO MORAL:
FOTOGRAFIA: PUBLICAÇÃO NÃO
CONSENTIDA: INDENIZAÇÃO:
CUMULAÇÃO COM O DANO MATERIAL:
POSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO
FEDERAL, ART. 5º, X.

1. Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação

do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X.

II. - R.E. conhecido e provido”.

(RE 215.984/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.6.2002).

Assim, a publicação em jornal ou revista, mesmo que especializada, ou ainda, a exposição da imagem da pessoa por qualquer meio, como vídeos, internet, redes sociais, de fotografia ou vídeo sem autorização da pessoa exposta, constitui ofensa ao direito de imagem, não havendo como confundir com o direito de informação. Neste sentido, ver: STJ, AgA 334.134, rel. min. Ari Pargendler, DJ de 18.3.2002.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça distingue os conceitos de direito à imagem com os da Lei de Imprensa. Assim, um cotidiano ou telejornal que expõe a figura de um ex-presidente da República sem o seu consentimento, em matéria de cunho jornalístico, não enseja reparação por dano moral ou material, salvo em caso de abuso de direito, ou vitupério, ou veiculação de falsa notícia, exemplificativamente. Neste sentido, ver: REsp 330.933/RS, rel. min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 10.6.2002; considerando ainda o dano pela ofensa ao direito de imagem, como sendo direito imprescritível quanto ao direito de promover a devida ação reparatória.

A ofensa ao direito à imagem permite ainda a composição do dano moral com o dano material, sendo que a fixação do *quantum* em dinheiro a ser indenizado por dano moral, dadas suas peculiaridades, pode ser arbitrado pelo juízo, cumulando-se a indenização com o *quantum* pelo dano material e outros

ônus processuais, inclusive honorários de advogado (sucumbência), quando da execução provisória ou definitiva da sentença condenatória.

Por se tratar o direito à imagem um direito personalíssimo, é este direito exclusivo da pessoa natural, não se estendendo às coisas e aos animais. Neste sentido, ver: TJ-RJ, Ap. Cív. 2004.001.06005, rel. des. Sérgio Cavalieri Filho, j. em 20.4.2004.

3.6 Do direito constitucional de defesa – Do devido processo legal.

A Constituição da República de 1988 expressamente previu como direitos ou garantias fundamentais o do contraditório e da ampla defesa no âmbito de processos judiciais ou administrativos, em seu art. 5º, inciso LV.

Portanto, não apenas nos processos judiciais, mas também nos disciplinares, esses direitos e garantias devem ser observados, pena de nulidade do processo, qualquer seja a sua natureza.

Reza o art. 5º, inciso LV da Carta Magna:

“LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes;”

O contraditório e ampla defesa, portanto, foram elevados a princípios constitucionais que decorrem do princípio do devido processo legal, insculpido também no mesmo artigo 5º, inciso LIV, expressos como garantias fundamentais da pessoa. Assim sendo, não podem ser violados sob nenhuma hipótese, pena de nulidade absoluta do processo, judicial ou administrativo.

O artigo 5º, inciso LIV, determina que: *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*.

Decorre da redação dada pelo legislador constitucional, que o devido processo legal não é tão somente uma garantia fundamental individual constitucional, e, portanto, revestida do manto da cláusula pétrea, ou seja, não pode ser objeto de emenda à Constituição Federal, permanecendo nela incrustada como pilar que rege toda a ordem jurídica.

O devido processo legal garante também e sobretudo, o próprio processo, se voltando para ele como instrumento garantidor de legitimidade, de legalidade, de validade e de eficácia.

Numa sociedade politicamente organizada e civilizada, o direito ao contraditório e o direito à plenitude de defesa viabilizam o processo imune de vícios, de arbitrariedades, de parcialidade, estabelecendo uma bilateralidade imparcial necessária segundo determina a ordem jurídica, vinculando, estabilizando e nivelando todos os lados da relação jurídica.

Assim o sendo, o devido processo legal, na ordem jurídica nacional, desempenha duplo papel, pois que atua no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, por um lado, enquanto por outro, atua no âmbito formal, ao assegurar ao acusado, tido por parte fraca, paridade total de condições com o Estado, tido por parte forte, o qual deve respeitar a oferta de plenitude de defesa à imputação formulada ao acusado.

O princípio do devido processo legal, que implica na observância de dois outros princípios de garantia constitucional a quem acusado em processo administrativo ou judicial, garante à parte condições que lhe possibilitem trazer ao processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade real dos fatos, ou mesmo omitir-se, ou calar-se, a respeito de fato relevante com potencial de agravar a situação do acusado, a modo de lhe garantir o direito de não fazer prova contra si.

Neste sentido, estes princípios se desdobram, no plano prático, garantindo os seguintes direitos: à defesa técnica (por advogado regularmente inscrito nos quadros da OAB); à publicidade do processo e dos atos judiciais; à citação, para poder regularmente responder ao processo dentro de determinado lapso de tempo; à produção, ampla e irrestrita, de provas admitidas em direito; de ser processado e julgado por um juiz competente

(natural) e imparcial, regularmente investido no cargo pelo Estado; possibilitando o manejo de todos os recursos permitidos pela lei processual; à uma decisão imutável, quando transitada em julgado (não mais sujeita a nenhum tipo de recurso); e ao contraditório, que constitui a dialética processual imprescindível para a paridade de condições entre a acusação (ou pretensão do direito de punir), e a defesa (*par conditio*), constituindo o bojo destes direitos o próprio direito à ampla defesa.

Assim, tanto nos processos administrativos (disciplinares, por exemplo), ou judiciais, de natureza civil ou penal, a todo ato produzido no processo por uma parte, implicará em igual direito de se opor a este ato, a outra parte, podendo opor versão que melhor entender para a sua defesa, ou fornecer outra interpretação jurídica ao fato, diversa daquela formulada pela outra parte⁹.

Define-se o contraditório como sendo: *a garantia que assegura à pessoa sobre a qual pesa uma acusação o direito de ser ouvida antes de qualquer decisão a respeito*; e a ampla defesa, como sendo: *a garantia que proporciona a pessoa contra quem se imputa uma acusação a possibilidade de se defender e provar o contrário*¹⁰, pois que: *Negar essa possibilidade é abuso manifesto, é arbitrariedade, pois viola frontalmente a Constituição e o Estado Democrático de Direito* (idem, autor citado, p. 678), o que implica em arguição de nulidade do processo, levando à declaração judicial da mesma.

Também o processo administrativo deve observar estes princípios, pois que se não o fizer, se torna obscuro, arbitrário, pois que a Administração, ou Órgão de Classe, como os CFO, por meio de suas sessões regionais, em sendo parte no processo disciplinar ou administrativo, ou parte interessada, para que exercite com legalidade, legitimidade, validade e eficácia a sua função decisória, sem que antes seja oportunizado ao administrado ou ao acusado conhecer os fatos e as alegações contra si imputadas, ou que lhe interessam, para que se manifeste, o processo administrativo se tornaria procedimento inquisitório, medieval, em que a bilateralidade do processo restaria eivada de vício, de escandalosa desigualdade, e por isso, nulo de pleno direito.

9 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 95

10 CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 678

De se observar que não mais apenas as pessoas físicas, naturais, tem esse direito constitucional assegurado e elevado a nível de garantia indelével a todos os acusados em geral, extensivo inclusive às pessoas jurídicas, de Direito Público ou de Direito Privado, ou seja, exemplificativamente, clínicas e o CFO, respectivamente.

A este respeito, Sylvio Motta e Gustavo Barchet ensinam:

Inicialmente, vale frisar que o constitucionalismo contemporâneo tem salientado o princípio da universalidade dos direitos fundamentais, a partir do que se considera que tais direitos, em cada estado, têm por destinatários toda e qualquer pessoa física ou jurídica privada que esteja localizada dentro de seu território.

Dentro deste enfoque, houve um alargamento da concepção tradicional, que centrava no indivíduo, no ser humano, a titularidade dos direitos fundamentais de forma a entender-se, atualmente, que eles são aplicáveis também às pessoas jurídicas, às pessoas coletivas nascidas da reunião de pessoas físicas para o atingimento de uma finalidade consensualmente estabelecida.

Não deve causar estranheza o fato de termos mencionado como destinatárias de direitos fundamentais as pessoas jurídicas privadas. É verdade que, inicialmente, os direitos fundamentais

foram construídos visando precipuamente ao ser humano, à pessoa de 'carne e osso'. Modernamente, considera-se que o ser humano permanece como o principal titular dos direitos fundamentais, mas se entende também que não podem ser excluídas dessa condição as pessoas jurídicas.

Desse modo, aceita-se que elas também sejam titulares de direitos fundamentais, não de todos, é bom que se frise, mas apenas daqueles que não pressupõem características inerentes ao ser humano. Por exemplo: não há como se aplicarem às pessoas jurídicas os direitos à vida, à liberdade de locomoção, à assistência social, que podem ter como destinatários apenas o homem, mas são extensivos a elas os direitos à propriedade, à liberdade de expressão, ao sigilo das comunicações, à indenização por dano à imagem, ao respeito do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, entre outros, que não pressupõem características essencialmente humanas. (2007, p. 155)¹¹

De especial interesse também a natureza da pessoa, se de Direito Público ou de Direito Privado, do Conselho Federal de Odontologia (CFO), e dos respectivos Conselhos Regionais de Odontologia (CROs), até porque polêmica, e acirrada, houve a este respeito, cuja análise refuga dos objetivos deste trabalho.

¹¹ BARCHET, Gustavo; MOTTA, Sylvio. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

Contudo, esclarece-se que a questão foi resolvida pelo ministro Luiz Fux, do STF, no julgamento do Mandado de Segurança (MS) nº 22.643, decidindo, como relator, que os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, com personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira. Afirmou-se que as atividades de fiscalização de exercício profissional exercidas pelos conselhos são tipicamente públicas, e que estes têm o dever de prestar contas ao TCU.

Embora a Lei nº 9.649/1998 atribua personalidade jurídica de direito privado aos conselhos profissionais, vedando o vínculo funcional ou hierárquico com a Administração Pública, o STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.717, declarou a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da norma.

A decisão na ADI assinalou que a fiscalização das profissões, por se tratar de atividade típica de Estado, abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, que não podem ser delegados: - *“Dessa maneira, infere-se a natureza autárquica dos conselhos, pelo caráter público de sua atividade”* - afirmou o relator.

Portanto, também o CFO e os respectivos CRO, quando acusam, visando processar disciplinarmente e eventualmente punir um Cirurgião Dentista acusado de desvio profissional, ou ainda, e por vezes cumulativamente, de ilícito cível e penal, devem observar rigorosamente estes preceitos processuais que informam todos os processos, sem distinção.

Assim, os direitos: à ampla defesa; ao contraditório; ao de ser julgado por um juiz imparcial e natural; ao devido processo legal; são plenos e de aplicabilidade imediata, pois que a Constituição Federal de 1988 dispõe que *“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”* (§ 1º, art. 5º).

Como escrito adrede, as cláusulas constitucionais que encerram em seu bojo as garantidas fundamentais individuais, como cláusulas pétreas, ou seja, não suscetíveis de abolição (e também de derrogação ou modificação), sequer por meio de emenda constitucional, são imunes, portanto, ao Poder de Reforma Constitucional.

Veja-se o parágrafo 4º, inciso IV, do artigo 60:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - os direitos e garantias individuais.

3.7 Da Legislação Regulamentadora da Odontologia - Lei nº 5.081/66 e Resolução CFO nº 63/2005

A Lei nº. 5.081, de 24 de agosto de 1966, publicada no Diário Oficial da União aos 26 de agosto de 1966, regulamenta o exercício da Odontologia em todo o território nacional.

Reza o artigo 2º ser permitido ao cirurgião-dentista habilitado por faculdade oficial ou reconhecida com o devido registro do diploma em órgão competente, o exercício legal da profissão, limitando-se a regulamentar o exercício somente ao Cirurgião-Dentista, excluindo os demais profissionais que atualmente atuam no campo da Odontologia, estabelecendo requisitos mínimos exigidos para a sua a capacitação legal da profissão.

Sobre esta lei incidiu a Resolução CFO-63/2005, aprovando a Consolidação das Normas para Procedimentos nos Conselhos de Odontologia, incluindo outros profissionais que atuam no âmbito da Odontologia, estabelecendo:

Art.1º. Estão obrigados ao registro no Conselho Federal e à inscrição nos Conselhos Regionais de Odontologia em

cuja jurisdição estejam estabelecidos ou exerçam suas atividades:

- a) os cirurgiões-dentistas;*
- b) os técnicos em prótese dentária;*
- c) os técnicos em higiene dental;*
- d) os auxiliares de consultório dentário;*
- e) os auxiliares de prótese dentária;*
- f) os especialistas, desde que assim se anunciem ou intitulem;*
- g) as entidades prestadoras de assistência odontológica, as entidades intermediadoras de serviços odontológicos e as cooperativas odontológicas e, empresas que comercializam e/ou industrializam produtos odontológicos;*
- h) os laboratórios de prótese dentária;*
- i) os demais profissionais auxiliares que vierem a ter suas ocupações regulamentadas;*
- j) as atividades que vierem a ser, sob qualquer forma, vinculadas à Odontologia.*

Parágrafo único. É vedado o registro e a inscrição em duas ou mais categorias profissionais, nos Conselhos Federal e Regionais de Odontologia sem a apresentação dos respectivos diplomas ou certificados de conclusão e curso profissionalizante regular.

Destaca-se o disposto nos artigos 5º e 6º da Resolução CFO-63/2005, que também incide sobre a referida lei, extraíndo-se, *in verbis*:

Art.5º. Para se habilitar ao registro e à inscrição, o profissional deverá atender a um dos seguintes requisitos:

a) ser diplomado por curso de Odontologia reconhecido pelo Ministério da Educação;

b) ser diplomado por escola estrangeira, cujo diploma tenha sido revalidado, independentemente de serem oriundos de países tratadistas e obrigatoriamente registrado para a habilitação ao exercício profissional em todo o território nacional;

c) ser diplomado por escola ou faculdade estadual, que tenha funcionado com autorização de governo estadual, quando beneficiado pelo Decreto-Lei 7.718, de 09 de julho de 1945 e comprovada a habilitação para o exercício profissional até 26 de agosto de 1966;

d) ter colado grau há menos de 2 (dois) anos da data do pedido, desde que seja possuidor de uma declaração da instituição de ensino, firmada por autoridade competente e da qual conste expressamente, por extenso: nome, nacionalidade, data e local do nascimento, número da cédula de identidade, e data da colação de grau.

§ 1º. O diploma do estudante convênio somente poderá ser aceito para registro e inscrição, quando dele não constar apostila restritiva ao exercício profissional no Brasil ou tiver sido a mesma cancelada.

§ 2º. No caso da alínea c, o exercício profissional ficará restrito aos limites territoriais do Estado onde tenha funcionado a escola.

§ 3º. Na hipótese prevista na alínea d, a autorização para o exercício da profissão será pelo prazo de 2 (dois) anos, contado da data de sua colação de grau.

Art.6º. Está obrigado a registro e inscrição o cirurgião-dentista no desempenho:

a) de sua atividade na condição de autônomo;

b) de cargo, função ou emprego público, civil ou militar, da administração direta ou indireta, de âmbito federal, estadual ou municipal, para cuja nomeação, designação, contratação, posse e exercício seja exigida ou necessária a condição de profissional da Odontologia;

c) do magistério, quando o exercício decorra de seu diploma de cirurgião-dentista; e,

d) de qualquer outra atividade, através de vínculo empregatício ou não, para cujo exercício seja indispensável a condição

de cirurgião-dentista, ou de graduado de nível superior, desde que, neste caso, somente possua aquela qualificação.

A Resolução CFO-63/2005, na verdade, veio para acrescer e complementar a Lei nº 5.081/66, ampliando e regulamentando o exercício profissional para outras categorias profissionais que não somente o Cirurgião-Dentista, desdobrando também outras atividades profissionais que surgiram para o profissional, antes somente liberal, para incorporar atividades como o magistério e o serviço público, exemplificativamente.

3.8 Acenos da responsabilidade civil por ato ilícito.

Em síntese breve, a responsabilidade civil que decorre de um ato ilícito, via geral (*v. g.*), gera o dever de reparar.

Incumbe posicionar que neste caso, o ato jurídico reparável é espécie de fato jurídico¹².

Relevantes, para o Direito, não são todos e quaisquer fatos que permeiam o decorrer da vida das pessoas físicas ou jurídicas, mas tão somente os fatos que o Direito, enquanto ciência jurídica, pode ou deve interferir.

Fatos jurídicos relevantes podem ser naturais, como o nascimento e a morte; ou voluntários, quando decorrentes de condutas humanas, sejam estas ações ou omissões. Para se entender este último conceito, a omissão de socorro é ato ilícito do ponto de vista do Direito Civil, e portanto, indenizável, bem como é crime do ponto de vista do Direito Penal, previsto no Código Penal brasileiro em seu art. 135, sendo exemplo de crime omissivo o consistente em deixar de prestar socorro a quem não tenha condições de socorrer a si próprio ou deixar de comunicar o evento à autoridade pública que possa socorrer a

¹² CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de Responsabilidade Civil*, Ed. Atlas, 2008, p.2

vítima, quando possível, tutelando-se desta forma, o bem jurídico maior, qual seja, a vida e a saúde da pessoa humana.

Acrescente-se que os fatos jurídicos se classificam entre aqueles lícitos, ou seja, aqueles que podem se exteriorizar, por ação ou por omissão, no mundo da realidade tangível, em consonância com o art. 5º, inciso II, da CF, já referido, ou ilícitos, ou seja, aqueles que a lei prevê como atos não permitidos no ordenamento jurídico.

Portanto, atos ilícitos são os que estão em desacordo com o ordenamento jurídico, sendo que sua ilicitude produz efeitos pelo potencial de causar danos ou prejuízos a outrem.

Já daí se deduz que há de haver relação, factual e jurídica, entre o fato relevante do ponto de vista jurídico, e o dano produzido, material ou moral (imaterial). Ou seja, sem esta combinação, sem esta conexão, chamado nexa causal, não se cria a obrigação de reparar o dano que foi causado.

Assim, no caso concreto da Odontologia, aquele que, mesmo graduado, mesmo pós-graduado, mesmo especialista, age em relação ao seu paciente: com *imperícia*, qual seja, mediante falta de especial habilidade, ou experiência ou de previsão no exercício de sua determinada função, enquanto profissão, arte e ofício; com *negligência*, qual seja, omissão voluntária de diligência ou de cuidado, ou ainda, falta ou demora no prevenir ou obstar um dano; ou *imprudência*, qual seja, a atuação intempestiva e irrefletida no praticar uma ação ou omissão sem as necessárias precauções, agindo com precipitação, inconsideração, ou inconstância; faz com que o profissional incorra em ato ilícito indenizável¹³.

A matéria encontra-se prevista no art. 186 e art. 927, do Diploma Civil, nos seguintes termos, respectivamente:

"Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem,

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil brasileiro*, Ed. Saraiva, 2007, p.13,14.

ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito";

"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

O instituto, neste caso, busca: "*(...) proteger o lícito e reprimir o ilícito. Vale dizer: ao mesmo tempo em que ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, e reprimi a conduta daquele que contraria*"¹⁴.

Evidente que o nexos causal que conduz à responsabilidade civil (dever de indenizar), pressupõe que o autor da lesão ao patrimônio imaterial ou material de alguém, seja pessoa plenamente capaz e sã, pois que os insanos e os incapazes não respondem por seus atos, ressalvando-se que no sistema de direito privado brasileiro não mais existe pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade, dada a redação do art. 6º, da Lei nº 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, excepcionados os casos previstos no art. 4º do atual Código Civil, assim redigido:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; (Vide Lei nº 13.146, de 2015)

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; (Vide Lei nº 13.146, de 2015)

¹⁴ DANTAS, San Tiago, *Programa de Direito Civil*, V. I/ 341, Ed. Rio

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial. (Vide Lei nº 13.146, de 2015)

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

Como se viu adrede, o dano pode ser material, causado diretamente à vítima ou ao seu patrimônio, ou ainda imaterial, atingindo o dano a personalidade, a honra, a imagem, a liberdade, o estado psíquico e emocional de quem atingido, não importando a natureza do dano, em sendo material ou imaterial, pois que ambos, isolada ou conjuntamente, são indenizáveis.

No caso de dano material, este é revestido de valor econômico e aquele que causar dano terá que reparar com bem semelhante ao *status quo ante*, ou indenizar no valor do reparo ou a totalidade do valor do bem danificado.

Os danos emergentes são espécies de dano material constituindo-se no valor da reparação trazendo, para a vítima, a situação econômica patrimonial em que a mesma se encontrava antes do dano. Denomina-se dano material emergente, pelo simples fato que emerge, surge, aparece, em decorrência do ato ilícito praticado, no qual atingindo bem de valor econômico tangível, líquido, certo, determinado.

No caso em concreto, se alguém sofreu danos estéticos decorrentes de procedimentos de harmonização facial, o que já constitui dano de monta no patrimônio imaterial da pessoa lesada, causando-lhe sofrimento moral, emocional e psíquico, e por conta destes danos estéticos, deixou ela de trabalhar por determinado período de tempo, ou por ter, no caso de uma modelo, por exemplo, pessoa de imagem pública, portanto, não mais podendo ela exercer sua profissão, dado o dano estético, deixando a mesma de auferir valor pecuniário servente para a subsistência própria e de sua família, o autor do dano, além de responder pelo dano moral a que deu causa, responde também pelos danos materiais infligidos à pessoa, pelo ato ilícito.

Acresça-se a isto que ulterior indenização pode ser determinada pelo juízo dada a constatada ocorrência da perda de uma chance, ou seja, alguém que se submeteu previamente ao procedimento de harmonização facial, visando vaga em um emprego, sobrevivendo insucesso como, por exemplo, uma necrose de tecido nasal, deixando assim de poder preencher a vaga de trabalho dado o dano estético facial, por sofrer de verdadeira mutilação iatrogênica, de altíssima exposição visual, gerando este estado de coisas o direito de ser indenizado pelo autor do dano, quanto aos rendimentos e os lucros que poderiam ter sido recebidos futuramente, mas que não mais serão.

Regra geral, quem reclama em juízo o dano sofrido, precisa provar a culpa do agente causador, e o nexa causal de sua ação ou omissão, para se conseguir o resultado representado pelo dano.

Não raro, nestes casos, peritos são nomeados pelo juízo, além de assistentes técnicos contratados pelas partes, para atuarem no processo no jogo do contraditório, versando sobre prova técnica, também denominada no jargão jurídico como “prova príncipe”, dada a sua importância, posto que a perícia, em casos deste naipe, para um juiz leigo em Odontologia, tanto para se deter na espécie aqui sob exame, revela-se imprescindível para o julgamento da lide, pois que sem os olhos, os ouvidos e a especialização técnica do perito nomeado, que pode ser ou não contradito pelos assistentes técnicos, o juiz se vê incapaz de julgar.

Porém, há situações onde a responsabilidade civil de indenizar existe independentemente de culpa. Contudo, há sempre de existir o dano, aferível, de forma certa e imediata, dada a redação do art. 403, do Código Civil, não sendo possível indenizações calculadas sobre hipóteses, sendo necessário, sempre, de se demonstrar o nexo causal entre o dano, o fato que o gerou, quem o causou e por qual razão o causou.

Evidente que, considerado o quanto escrito acima, a responsabilidade civil requer a ocorrência de prejuízo a terceiro, seja um particular ou o Estado, e que a consequência principal da ocorrência de um ato ilícito se traduz na obrigação de reparar o dano.

Importante ressaltar que o significado da palavra “vítima” não se refere ao profissional, o qual, como se viu, pode agir ou se omitir de agir sem culpa, provocando, contudo, dano indenizável,

Assim sendo, a vítima não é vítima do profissional, mas vítima de dano a ela infligido, por ato (ou omissão) judicialmente entendido como ilícito, gerando obrigação de indenizá-la, buscando-se, desta forma, restabelecer a situação anteriormente existente (*status quo ante*) ou, em sendo isto impossível, ou improvável, compensá-la patrimonialmente pelo dano decorrido do fato.

Conclui-se, pois, que a responsabilidade civil é parte integrante do Direito das Obrigações, abrangida no campo maior do Direito Civil, o qual, por sua vez, segue e é informado pelo Direito Constitucional.

3.9 Acenos da Responsabilidade Civil do Cirurgião-Dentista.

No caso do Cirurgião Dentista, para que incorra em responsabilidade civil, necessariamente, devem ocorrer os seguintes elementos que tipificam a responsabilidade civil, ou seja: a ação ou a omissão culposa do agente, a existência do dano, e a determinação concreta e precisa do nexo de causalidade entre ato ou a omissão lesante e o dano.

Destaque-se que se a conduta (ação ou omissão) do profissional da Odontologia for dolosa, ou seja, querida, voluntária, consciente, assumindo o risco de produzir, ou querendo que se produza, o dano, tanto à saúde, como à vida, causando a morte da vítima, haverá o deslocamento do enquadramento legal da conduta para o âmbito do Direito Penal.

Assim, as consequências que advém da conduta dolosa lesiva desembocará no amplo quadro das penas corporais (a pena aplicada, de restrição da liberdade, incide sobre a pessoa), e multas pecuniárias judicialmente determinadas, implicando a condenação penal definitiva em transmutação da sentença penal transitada em julgado (não mais sujeita a nenhum tipo de recurso), para título executivo judicial.

Este título executivo judicial advindo do decreto condenatório penal definitivo, quando transposto para o juízo cível, para fins indenizatórios da vítima ou seus familiares, não admite contestações cíveis, pois que a sentença penal, do ponto de vista do ordenamento jurídico, apurou a verdade real do quanto realmente ocorreu, podendo ser manejada com segurança para fins de se obter indenização no campo do Direito Civil. Contudo, a exposição deste tópico refuga dos objetivos e limites deste trabalho.

Contudo, importante frisar que para fins de responsabilidade apenas civil no caso do Cirurgião Dentista, este deve, obrigatoriamente: estar legalmente habilitado; que pratique o ato ou a omissão dentro do âmbito e dos limites precisos de sua profissão; que sua conduta tenha se dado com ausência de dolo; e em vindo a ocorrer o dano em decorrência de sua conduta, deve-se, forçosamente, transparecer de forma inequívoca o nexo causal entre a sua conduta e o surgimento deste dano; sendo estes os elementos que compõem, de forma específica, esta responsabilização obrigacional.

Neste sentido:

Nº do Acórdão: 19612

Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível
(extinto TA)

Tipo de Documento: Acórdão

Comarca: Curitiba

Processo: 0209011-3

Recurso: Apelação Cível

Redator Designado: Lauro Laertes de Oliveira

Relator: Antônio Martelozzo

Revisor: Lauro Laertes de Oliveira

Julgamento: 16/08/2004 14:41

Ramo de Direito: Cível

Decisão: Por maioria

Dados da Publicação: DJ: 6702

Ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL -
INDENIZAÇÃO - CIRURGIÃO-DENTISTA
- IMPLANTE DENTÁRIO.

1. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO -
DEVER DO PROFISSIONAL DE
ALCANÇAR O RESULTADO ESPERADO
PELO PACIENTE.

2. COMPRESSÃO DO NERVO INCISIVO
- CULPA MANIFESTA DA RÉ -
PACIENTE QUE PERMANECE COM
DORES, DIFICULDADE NA
MASTIGAÇÃO, FORMIGAMENTO
BUCAL E PARALISIA FACIAL -
ADEMAIS, NEGLIGÊNCIA DA RÉ NO
PÓS-OPERATÓRIO, UMA VEZ QUE

NÃO DEU SOLUÇÃO AO PROBLEMA SURGIDO COM O IMPLANTE.

3. CUMULAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E ESTÉTICO - ADMISSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STJ.

4. VALOR DO DANO MORAL E ESTÉTICO - R\$ 35.000,00 - RAZOABILIDADE.

5. NULIDADE DA SENTENÇA POR JULGAMENTO EXTRA PETITA - NÃO CONFIGURAÇÃO - CONSIDERAÇÕES TECIDAS SOBRE A CONDUTA ÉTICA DA RÉ - FATO DESNECESSÁRIO, MAS QUE NÃO ACARRETA CONSEQÜÊNCIA JURÍDICA - RECURSO IMPROVIDO.

Predomina hoje o entendimento na doutrina e jurisprudência de que o implante dentário configura uma obrigação de resultado e não de meio. No caso dos autos a realização do implante causou compressão do nervo incisivo, causando dores, dificuldade na mastigação, formigamento bucal e paralisia facial, o que caracteriza bem a falta de êxito na obrigação assumida pela ré.

Exemplo de decisão que admite a indenização por responsabilidade civil objetiva do Estado, portanto, entidade de Direito Público, por atuação subjetiva de Cirurgião Dentista, servidor, se tem do quanto abaixo reproduzido:

Acórdão: Apelação Cível 2005.034842-4

Relator: Francisco Jose Rodrigues de Oliveira Filho

Data da Decisão: 25/04/2006

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - TRATAMENTO DENTÁRIO - RELATO DE DOR MENOSPRESADO - DESTRATO DO PACIENTE PELO PROFISSIONAL - DANO MORAL - COMPENSAÇÃO MEREcida - DENUNCIÇÃO DA LIDE - MINORAÇÃO DO QUANTUM - PROVIMENTO PARCIAL.

“É devida indenização ao paciente que não recebeu atendimento adequado pelo dentista da rede pública de saúde, o qual menosprezou sua dor e prosseguiu o procedimento apesar de seus lamentos, coagindo-o através de ofensas, como se o que sentisse fosse resultado tão-somente de "frescura". Porquanto o evento tenha ocorrido em razão de conduta de servidor público municipal, submete-se a hipótese à teoria da responsabilidade objetiva, nos termos do art. 37, § 6º da Carta Magna. In casu, não pode se eximir de culpa o agente público, pois, ainda que a anestesia apresentasse algum problema que tenha resultado em sua ineficácia, seria irrelevante na espécie, porque agiu

negligentemente o profissional no tratamento dado à criança, provocando-lhe dano moral que merece compensação”.

Outro exemplo de responsabilidade civil objetiva contra entidade de Direito Privado – plano de saúde – por atuação subjetiva de Cirurgião Dentista credenciado, se tem da decisão abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. PLANO DE SAÚDE. ERRO EM TRATAMENTO ODONTOLÓGICO.

RESPONSABILIDADE CIVIL. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO NÃO CONFIGURADO. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE.

MATÉRIA DE PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE.

PREQUESTIONAMENTO.

AUSÊNCIA. SÚMULAS NS. 282 E 356-STF.

“1. A empresa prestadora do plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para a ação indenizatória movida por filiado em face de erro verificado em tratamento odontológico realizado por dentistas por ela credenciados, ressalvado o direito de regresso contra os profissionais

responsáveis pelos danos materiais e morais causados.

II. Inexistência, na espécie, de litisconsórcio passivo necessário.

III. Cerceamento de defesa inócurrenre, fundado o acórdão em prova técnica produzida nos autos, tida como satisfatória e esclarecedora, cuja desconstituição, para considerar-se necessária a colheita de testemunhos, exige o reexame do quadro fático, com óbice na Súmula n. 7 do STJ.

IV. Ausência de suficiente prequestionamento em relação a tema suscitado.

V. Recurso especial não conhecido”.

(REsp 328.309/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 08.10.2002, DJ 17.03.2003 p. 234).

3.10 Teorias Subjetiva e Objetiva da Responsabilização Civil.

Dos exemplos e jurisprudências colecionadas, se deduz que a responsabilidade civil se desdobra em duas teorias: a subjetiva e a objetiva.

No ordenamento jurídico nacional, a regra geral é a da ocorrência de conduta humana culposa geradora do dano, tida como fundamento da responsabilidade civil, excepcionados os casos apesar de responsabilidade civil sem culpa, contudo, fundada no risco.

Decorre disto que o ato ilícito se define pela culpa. Assim, não existindo culpa, não existirá qualquer responsabilidade civil que gere direito ao lesado em se ver indenizado.

Porém, há exceções a esta regra, que é quando houver disposição legal expressa definido hipótese em que haverá responsabilidade civil objetiva, que é aquela na qual o ordenamento dispensa ao lesado ter de provar a culpa do lesante.

Por esta teoria objetiva não responsabiliza o agente que atuou sem culpa, por vezes até, atuou de forma correta, mas que, porém, mesmo assim, causou um dano.

O pressuposto de responsabilização objetiva, nestes casos, não é a culpa, e sim quando se assume o risco de produzir o dano durante o evento em que resultou o dano efetivo, dispensando-se, assim, a prova da culpa, sendo suficiente tão somente a comprovação judicial de que o dano ocorreu em virtude do exercício da atividade ou da profissão do agente, para que o prejuízo passe a ser indenizável.

O exemplo jurisprudencial abaixo transcreve bem, no mundo concreto, este dever de indenizar independentemente da culpa:

Apelação Com Revisão 3842114000

Relator(a): Boris Kauffmann

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 25/03/2008

Data de registro: 28/03/2008

Ementa:

Recurso. Agravo retido. Intervenção de terceiros. Denúnciação da lide.

Indeferimento. Ação promovida por segurado contra seguradora. Participação que não é obrigatória. Decisão mantida. Recurso. Agravo retido. Decadência afastada. Pretendido o reconhecimento de desobservância de prazo contido na apólice e que afastaria dever de ressarcimento da seguradora. Não configurada a falta de colaboração do segurado. Denúnciação da lide que possibilitou ampla defesa pela seguradora. Decisão mantida. Recurso. Agravo retido. Pedido para encaminhar os autos ao perito para complementação do trabalho técnico. Desnecessidade. Decisão mantida. Responsabilidade civil.

“Acidente em parque de diversões. Procedência, em parte, do pedido inicial. Inconformismo que aponta o cabimento de indenização por dano moral, melhor adequação da indenização prevista para o dano material, além da inclusão da responsabilidade do dentista que atendeu a autora após o acidente. Não demonstrado o nexo causal entre o atendimento feito pelo dentista e o dano suportado pela autora, estando correto o decreto de improcedência com relação a este corrêu. Laudo pericial que aponta a ocorrência de dano estético de natureza leve, mas que autoriza a condenação em dano moral que fica arbitrada. Adequada a pretensão de incluir, como

responsabilidade do parque, o tratamento periódico necessário para a manutenção da boa aparência estética da dentição da autora. Recurso provido, em parte”.

Neste caso, o Cirurgião Dentista que atuou com correção para, ao menos, atenuar o dano estético dentário ocasionado por acidente em parque de diversões, foi excluído da condenação por força da prova técnica, pericial, que apontou não ter ele agido com incorreções no trato da lesão, e, assim, restando isento de culpa, escapou da condenação.

Contudo, o Poder Judiciário condenou o parque de diversões, independentemente de sua culpa no acidente, obrigando-o a indenizar moralmente a pessoa lesada e a manter as despesas do tratamento estético da dentição desta, porque esta condenação se baseia em previsão legal expressa na qual basta a ocorrência do dano quando a lesionada estava usufruindo das diversões do parque, vindo a sofrer o acidente.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade civil advinda de um ato ilícito, quando se baseia no elemento culpa, é de natureza subjetiva, e a responsabilidade sem culpa, que implica em conduta na qual se assumiu o risco de produzir o dano, independentemente de culpa, é de natureza objetiva.

De todo e qualquer modo, a culpa implica um juízo de reprobabilidade sobre a conduta de uma pessoa, tendo-se em conta a prudência e a diligência do atuar do sujeito. Assim, em última análise, incorrer em culpa consiste em não se conduzir-se como se deveria¹⁵.

O diferencial entre a conduta culposa e conduta dolosa, por sua vez, foi bem definida pelo mestre Rui Stoco¹⁶, *in verbis*:

“ Quando existe uma intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar

¹⁵ GHERSI, Carlos Alberto. Teoria general de La reparacion de daños, 2. Ed., Buenos Aires: Astrea, 1999.

¹⁶ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil, S. Paulo: RT, 2001, p. 97.

prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (stricto sensu).”

A classificação da culpa como elemento identificador para a responsabilidade subjetiva.

Em sentido estrito, quanto ao elemento tipificador da responsabilidade civil, objeto deste trabalho, ou seja, determinante da responsabilidade civil subjetiva, a culpa, é classificada em três degraus decrescente pela doutrina¹⁷:

a) grave, quando resulta da imprudência, negligência ou imperícia grosseira e extrema do profissional, tendo este se conduzido de forma contrária àquela que um profissional de cultura média em seu ofício, arte e profissão, preveria e evitaria;

b) leve, sendo aquela que resulta da inobservância das cautelas e dos cuidados comuns, de praxe, protocolares, que um profissional medianamente formado teria;

c) levíssima, pela qual o dano produzido só poderia ser evitado pelo profissional se o mesmo tivesse aplicado ao caso extraordinária atenção.

O artigo 944, do atual Código Civil, em seu parágrafo único, permite que o juiz decida por equidade em casos de culpa leve ou levíssima, *in verbis*:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa

¹⁷ STOCO, Rui. *Op. Cit.*, p. 101.

e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

3.11 Das espécies de culpa.

Classificam-se as espécies de culpa em:

a) Culpa *in vigilando* – que é aquela decorrente da falta de vigilância, de fiscalização, em face de conduta de terceiro, um Cirurgião Dentista contratado, por exemplo, por uma clínica, responsabilizando-se objetivamente o contratante, nos termos do atual Código Civil, por responsabilidade civil objetiva;

b) Culpa *in eligendo* – que é aquela decorrente da uma má escolha, sendo clássico o exemplo de culpa do patrão por ato danoso praticado pelo empregado;

c) Culpa *in custodiendo* – se tratando da culpa pela guarda de coisas, pessoas menores ou animais colocadas sob a custódia de alguém, falhando este no custodiar com diligência o quanto aos seus cuidados;

d) Culpa *in commitendo ou faciendo* – de especial interesse para o Cirurgião Dentista – que ocorre quando o agente protagoniza uma conduta comissiva, positiva, violando um dever jurídico, bem como a;

e) Culpa *in ommitendo ou non faciendo* – quando o agente realiza uma abstenção culposa, negligenciando um dever de cuidado;

f) Culpa *in contrahendo* – aquela em que incorre o agente em fase anterior à elaboração de um contrato, gerando comportamento danoso da parte que se nega a celebrar um contrato esperado, prejudicando o legítimo interesse de outra pessoa, lesada, em detrimento da regra da ética de boa-fé objetiva, que não deve ser confundida com responsabilidade civil objetiva.

Exemplo deste último tópico se dará quando o Cirurgião Dentista já tiver contratado seus honorários e no momento da execução dos procedimentos, se recusar a proceder se o seu cliente não vier a pagar reajuste a maior do preço inicialmente acordado.

3.12 Do dano.

Para que ocorra dano indenizável há de haver repercussão negativa na pessoa lesada ou em seu patrimônio.

Esta repercussão negativa é definida como abalo, remetendo à uma colisão, a um tremor intenso sofrido pela vítima, vindo a lhe ocasionar prejuízo de ordem econômica, definido como dano patrimonial, ou tenha lhe acarretado desarranjos ou abalos em sua psique, configurando o dano moral.

Quando da liquidação do dano, visando pagamento de quantia certa, líquida e determinada, estabelece o atual Código Civil, nos artigos 948 e seguintes, regras que repercutem em função da extensão da reparação dos danos decorrentes de atos ilícitos.

3.13 Dos requisitos do dano indenizável.

Segundo a doutrina já mencionada, danos indenizáveis são aqueles que ocasionaram:

- a) diminuição ou destruição de um bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral pertencente a uma pessoa;
- b) efetividade ou a certeza da ocorrência do dano;
- c) a causalidade do dano, ou seja, a sua causa, de forma certa e determinada;

d) a legitimidade para pleitear em juízo a reparação. Assim sendo, cônjuge ou filhos de pessoa que faleceu em decorrência do dano ocasionado por ato ilícito, por exemplo, são partes legítimas para ajuizarem ação indenizatória fundada em responsabilidade civil;

e) subsistência do dano no momento da reclamação do lesado;

f) ausência de causas excludentes de responsabilidade, tais como a legítima defesa e o cumprimento estrito do dever legal de agir como, por exemplo, um policial que atira em meliante no momento da ação criminosa, vindo a mata-lo.

Ressalte-se que o dano patrimonial abrange tanto o dano emergente, quando o prejuízo recai sobre um determinado ganho financeiro, quanto o lucro cessante, quando o prejuízo impede aumento de patrimônio, sendo que o dano patrimonial inclui não apenas o que a pessoa lesada veio a perder, mas também o que deixou de ganhar.

A doutrina estabelece¹⁸:

“Entende-se por perdas e danos a indenização imposta ao devedor que não cumpriu a obrigação, total ou parcialmente. Este dispositivo legal estabelece a extensão das perdas e danos, que devem abranger:

a) Dano Emergente: é a diminuição patrimonial sofrida pelo credor, é aquilo que efetivamente perde, seja porque teve depreciado o seu patrimônio, seja porque aumentou seu passivo.

b) Lucros Cessantes: consistem na diminuição potencial do patrimônio do

¹⁸ ARANTES, Artur Cristiano. *Responsabilidade civil do cirurgião-dentista*. Leme: Mizuno, 2006.

credor, pelo lucro que deixou de auferir dado o inadimplemento do devedor. Só são devidos quando previstos ou previsíveis no momento em que a obrigação foi contraída. (...)

Destarte que para o estabelecimento e caracterização dos lucros cessantes não basta a simples possibilidade de realização do lucro, mas também é indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso, o que deve existir é uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas e das circunstâncias especiais do caso concreto (2006, p. 71-73)”.

Os lucros cessantes, neste caso, se situam no futuro, embora atingidos pelo ato ilícito pretérito por sobre o patrimônio da vítima, e a sua apuração, via geral, se baseia nos aferimentos anteriores patrimoniais ao fato ilícito que atingiu a pessoa lesionada.

3.14 O ato ilícito odontológico.

Sendo o profissional da Odontologia maior e capaz, portanto, imputável, o que se traduz no mundo legal e jurídico na capacidade legal e processual de responder por seus atos, dependendo da extensão e da gravidade do ato ilícito praticado, e do dano, poderá ser responsabilizado civilmente, penalmente, e administrativamente, inclusive por infração ético-disciplinar, quando causar lesão a alguém no exercício da profissão.

Como anteriormente discutido, o juízo criminal busca a verdade real do fato, e não apenas a verdade formal, tal como no juízo cível, e assim sendo, “a sentença condenatória no crime, faz coisa julgada no cível”.

De feita que, se o profissional de Odontologia for condenado criminalmente (homicídio culposo, lesão corporal, omissão de socorro, por exemplo), decorrente de seus atos profissionais, a vítima, ou quem por ela (no caso de homicídio, ou em se tratando de pessoa relativamente capaz, como um menor de idade vítima, p. ex.), não precisará provar a existência do dano no juízo cível, decaindo a questão apenas para os limites a serem arbitrados do “*quantum*” indenizatório.

Segundo Artur Cristiano Arantes, em obra citada:

“O ato ilícito que pode ser cometido pelo Odontologista, é a falta de diligência devida, quando o mesmo pode obrar com imprudência, negligência e imperícia”¹⁹.

Veja-se que mais das vezes, a responsabilidade civil decorrente de ato ilícito é a chamada responsabilidade extracontratual, também dita aquiliana, ou seja, independe do contrato, mas decorrente de um ato da vida.

No caso em questão deste trabalho, um procedimento odontológico, difere da responsabilidade civil definida como contratual, que ocorre quando um dos contratantes vem a faltar com as obrigações estipuladas em contrato, ainda que contrato verbal, sem justa causa para assim agir, descumprindo o acordado, tornando-se o agente inadimplente²⁰.

Maria Helena Diniz²¹, define a incidência do dano indenizável por ato ilícito, nos seguintes termos:

¹⁹ ARANTES, Cristiano. *Op. Cit.* p. 84

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 22

²¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 16. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. 265-266.

Se o dentista cometer erro profissional, que acarrete morte, inabilitação de servir ou ferimento, será responsabilizado, devendo satisfazer o dano em caso de culpa (CC, art. 951). O dentista poderá cometer falta profissional, ou erro técnico, e falta ordinária. P.ex.: o erro de diagnóstico, erro e acidente na anestesia, erro de prognóstico, erro no tratamento, falta de higiene e erro na perícia são faltas técnicas, e a extração desnecessária de dentes, para aumentar a conta do cliente, é falta ordinária. Mas na apuração de sua responsabilidade não há qualquer fundamento para tratar de modo diverso uma e outra espécie de falta. (...)

O dentista só não será responsabilizado se o evento danoso se deu por erro escusável, em face do estado da ciência, por culpa da vítima, por caso fortuito ou força maior e se ele agiu sem culpa e de conformidade com as normas norteadoras do exercício de sua profissão (2002, p. 265-266).

ARANTES, em obra citada, p. 72 e seguintes, estende-se sobre as condutas lesivas praticadas por Odontologistas, em tese, puníveis se ocorrerem no mundo fático, incorrendo em falta o profissional que:

- a) Não vier a informar ou informar de forma negligente o paciente dos cuidados pós-operatórios (ou pós –procedimentais), acarretando a internação hospitalar do paciente, e decorrentes despesas médicas e hospitalares, tratando-se este dano de dano material;

- b) Quando o paciente se recusar a refazer o tratamento com o Odontologista que deu causa ao ato ilícito e precise refazer o tratamento, preferindo outro profissional, diminuindo assim seu patrimônio com uma despesa inesperada, que deve ser suportada pelo profissional culpado, tratando-se de dano material;
- c) O dano estético ou funcional, isolado ou cumulado, quando da dependência da profissão do paciente (coligado ao direito de imagem). Em sendo uma paciente ou um paciente trabalhadores do mundo da moda, dos espetáculos, ou seja, figura que possa ser considerada pública, e que depende de sua beleza física para trabalhar, em sendo acometida de uma paralisia parcial ou total e irreversível da face em função do rompimento ou dilaceração do nervo facial (7º par de nervos cranianos), ou paresias sensoriais por lesão ao nervo mandibular em cirurgia de exodontia de terceiro molar incluso, em havendo erro de técnica cirúrgica, ou procedimental, por exemplo, configuram-se: dano material; lucros cessantes; dano emergente e dano moral, por indelével sofrimento emocional;
- d) O erro de diagnóstico consistente em diagnóstico falho, insuficiente ou incorreto resultante de ignorância indesculpável, de má interpretação de dados semiológicos escorreitamente obtidos ou de omissão de pesquisas clínicas e radiológicas necessárias ao tratamento;
- e) O erro de prognóstico, criando falsas expectativas para o paciente, que não se concretizam no pós-operatório ou pós-procedimento, sobretudo, se estético;
- f) Confecção e manutenção de prontuário do paciente deficitário e incompleto, sendo este um dos mais frequentes e lesivos erros praticados pelo Odontólogo, até contra os seus próprios interesses, posto que além de sonegar informações fundamentais e importantes sobre o paciente e os tratamentos e procedimentos praticados, castra para si um dos mais importantes meios de defesa documental, caso venha a ser acionado judicialmente;
- g) O erro na escolha da espécie de tratamento a ser aplicado no caso concreto e específico, auferível por meio de perícia técnica como tratamento impróprio, sendo esta a maior causa de processos de responsabilidade civil por ato ilícito contra o profissional;
- h) Ao erro anterior, se soma aquele que se dá quando da execução do tratamento, mesmo se o tratamento de escolha tenha sido o adequado;
- i) O acidente resultante da prática anestésica, que exige a determinação da culpa inequívoca do Odontologista. O Odontólogo, contudo, não

será responsável quando: I) alguém sofrer lesões labiais, dolorosas ou não, decorrentes da anestesia, quando alguém, relutando, praticou movimento brusco no momento da injeção, o que ocasionou o acidente; II) pelos efeitos colaterais não esperados da anestesia, tal como um choque anafilático, por exemplo; III) pela fratura da agulha no interior da massa muscular, salvo casos de imperícia, hipótese em que será responsável o Odontologista; IV) pela circunstância de anestésiar ou medicar no decurso de gravidez não informada ao Odontólogo;

- j) A transmissão de doenças infectocontagiosas por falta de higiene e práticas de assepsia normalmente empregadas nos consultórios e clínicas odontológicas;
- k) Comunicação interpessoal entre profissional e paciente deficitária, gerando atritos no relacionamento;
- l) Falta de autorização e consentimento informado minudente do paciente, ou seu responsável, por escrito, e com as devidas assinaturas, atestando que o mesmo está plenamente ciente e que concorda com o tratamento e os procedimentos a serem praticados pelo profissional, acompanhado do respectivo orçamento e das formas e datas de pagamento;
- m) Acresça-se o assédio sexual promovido por Odontologista quando do exercício profissional, nos confrontos de funcionárias ou de funcionários, além de pacientes de ambos os gêneros, tratando-se de dano moral, sem considerar que a conduta pode ser, em tese, tipificada também como crime e infração ética e disciplinar.

Maria Helena Diniz, *in* obra citada (2002, p. 265-266), traça tênues fronteiras entre a incorrência da violação dos deveres profissionais do Odontologista e as excludentes do ato ilícito odontológico.

Assim:

Se o dentista cometer erro profissional, que acarrete morte, inabilitação de servir ou ferimento, será responsabilizado, devendo satisfazer o dano em caso de culpa (CC, art. 951).

O dentista poderá cometer falta profissional, ou erro técnico, e falta ordinária. P.ex.: o erro de diagnóstico, erro e acidente na anestesia, erro de prognóstico, erro no tratamento, falta de

higiene e erro na perícia são faltas técnicas, e a extração desnecessária de dentes, para aumentar a conta do cliente, é falta ordinária. Mas na apuração de sua responsabilidade não há qualquer fundamento para tratar de modo diverso uma e outra espécie de falta. (...)

O dentista só não será responsabilizado se o evento danoso se deu por erro escusável, em face do estado da ciência, por culpa da vítima, por caso fortuito ou força maior e se ele agiu sem culpa e de conformidade com as normas norteadoras do exercício de sua profissão.

Como se percebe, no tocante às formas de isenção do dano odontológico, o cirurgião-dentista não poderá ser responsabilizado, de um modo geral, na hipótese de o dano causado ocorrer em virtude de erro escusável, de culpa exclusiva da vítima, de caso fortuito ou por motivo de força maior.

Neste sentido:

APELAÇÃO CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - CIRURGIÃO DENTISTA - CULPA NÃO DEMONSTRADA - RECURSO PROVIDO.

1. A responsabilidade civil do cirurgião dentista é subjetiva, dependente da comprovação de culpa, consoante dispõe o art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

2. O contrato de prestação de serviços odontológicos assemelha-se quanto à sua natureza aos serviços médicos, constituindo uma obrigação de meio e não de resultado. Logo, comprovado que as sequelas suportadas pelo paciente após o tratamento a que se submeteu não foram decorrentes de imperícia, negligência ou imprudência do profissional, afastado está

o dever de indenizar eis que ausente um dos elementos que integram a estrutura de responsabilidade civil. (Acórdão 12592-4ª CCiv-extinto TAPR-Relator Juiz Jurandyr Souza Junior).

3. Apelação provida.

(TJPR - 16ª C.Cível - AC 0288984-1 - Goioerê - Rel.: Des. Guilherme Luiz Gomes - Unânime - J. 08.06.2005)

Atente-se que o autor, neste trabalho, emprega o termo 'Odontologista' como definidor do profissional de Odontologia, e não "Odontólogo", por ser este termo o que remete às profissões de tecnólogos em geral, não sendo o caso do Cirurgião-Dentista, que se forma num curso de graduação completo, tornando-se senhor de vastas disciplinas médicas, odontológicas, farmacológicas, biomédicas, protéticas, implantares, exemplificativamente, todas inseridas num contexto formativo de alta complexidade e, não raro, após a graduação, este profissional se especializa, aprofundando ainda mais a sua qualificação profissional.

3.15 Das Obrigações de Meio e das Obrigações de Resultado nas Especialidades Odontológicas.

O ofício do Odontologista é complexo.

Quando procede e contrata procedimentos odontológicos, suas obrigações frente ao paciente se desdobram em obrigações de meios e obrigações de resultados.

Em linhas gerais, pode-se dizer que as obrigações de meios são as obrigações odontológicas necessárias, tendentes a restaurar estruturas e funções comprometidas ou perdidas, sem que haja uma *promessa* de completa remissão dos sinais, dos sintomas, das anatomias, das funcionalidades comprometidas, empregadas para intervir num processo de patologias anatômicas, fisiológicas, funcionais, pregressas, agindo o Odontologista com cautela e prudência frente a estes quadros patológicos.

Há distúrbio, contudo, no campo da Odontologia, quando se define que a obrigação de meio odontológica prescinde dos resultados prometidos ao paciente, expressa ou tacitamente. Assim, quando se extrai um elemento dentário infecto, visando drenar um abscesso dento-alveolar, com o expurgo da secreção mucopurulenta acumulada em tecido subcutâneo, aliviando-se a dor advinda da pressão, evitando-se cirurgicamente e farmacologicamente, ainda, a sepse do paciente com potencial de leva-lo ao óbito, busca-se sim um

resultado, que ao final, é preservar a saúde e proteger a vida do paciente. O que não há, neste caso exemplificativo, é a *promessa do resultado*, formulada de forma explícita ou implícita. O paciente pode sim apesar de todos os corretos esforços e procedimentos, evoluir mal e vir a desenvolver uma sepse e conseqüente óbito, até porque esta evolução depende de fatores como idade, doenças pregressas, degenerativas ou incapacitantes, estado geral, e outras condições, imponderáveis, por vezes.

Já na obrigação de resultado, a *promessa de resultado* ocorre de forma expressa ou tácita, entendido este resultado com o fim colimado pelo profissional e as expectativas do paciente.

Mais das vezes, nestes casos, o paciente ou a paciente, procura o Odontologista para fins parcial ou puramente estéticos, sem que haja patologia evidente com comprometimento de tecido, órgão ou função. Neste caso, por exemplo, procedendo-se a uma bichectomia, espera a paciente uma suavização do perfil dos traços de seu rosto. Em havendo secção, coartação, dilaceração, por exemplo, do ducto salivar parotídeo, com tumefação do rosto por represamento de saliva, evidente que a promessa de um resultado estético favorável se transmudou em dano estético e funcional avaliável como sendo fruto de uma intervenção cirúrgica desastrosa, portanto, ato ilícito indenizável.

Assim sendo, nas obrigações de meios, a responsabilidade civil (e por vezes, penal e administrativa), não surge em virtude do resultado não alcançado, mas sim de conduta odontológica eivada de negligência, imprudência ou imperícia no proceder. Na obrigação de resultado, se impõe a necessidade de se atingir um certo fim pré-determinado, objetivado, *prometido*, que o Odontologista se comprometeu, expressa ou tacitamente, realizar.

Decorre deste campo odontológico obrigacional cinzento, que determinadas especialidades odontológicas abrigam obrigações de meio e de resultado, simultaneamente, diante de cada caso concreto, tornando-se indispensável, em caso de lide judicial, o Parecer Técnico (Laudo Pericial) de um especialista nomeado pelo juízo, para se determinar se o procedimento praticado dentro de determinada especialidade odontológica se revela como obrigação de meio ou de resultado.

Este autor considera mais racional, mais justo, mais seguro, e mais correto, analisar cada caso diante de cada procedimento, praticado por cada especialidade, em função do caso concreto, levado ao crivo judicial, avaliado por Perito Técnico gabaritado, nomeado judicialmente para este fim de esclarecer ao juízo, de forma clara e precisa, toda a dinâmica do caso, se houve ou não erro procedimental, se houve ou não culpa, se há ou não há nexos causais entre o procedimento e a lesão ou dano verificados, ressaltando-se que na obrigação de resultado se inverte o ônus da prova, passando esta a ser ônus processual do Odontologista, e não do paciente, precisando o profissional a existência de alguma excludente de responsabilidade.

3.16 A aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor na Odontologia.

Atendendo a determinação constitucional insculpida no inciso XXXII do artigo 5º da Magna Carta de 1988, foi sancionada a Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, se instituindo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CPDC).

De relevante para o Odontologista saber, a respeito, certas definições ínsitas no CPDC:

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.

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

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

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

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações

insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

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

I - o modo de seu fornecimento;

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

III - a época em que foi fornecido.

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

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

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

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

A leitura dos dispositivos legais torna evidente que o paciente passou a ser considerado como consumidor e o profissional da Odontologia como fornecedor de serviços em face dos quais poderá ser responsabilizado pela reparação dos danos causados a seus pacientes.

Imprime Cristiano Arantes em obra citada, 2006, p. 98:

“Na linguagem do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o paciente é o consumidor para quem se presta um serviço; o cirurgião-dentista é o fornecedor que desenvolve atividades de prestação de serviços e o ato odontológico, uma atividade mediante remuneração a pessoas físicas sem vínculo empregatício, ou a pessoas

jurídicas com ou sem vínculo empregatício, quando o cirurgião-dentista a ela estiver de alguma forma vinculado”.

Contudo, há casos, e frequentes, nos quais o Odontologista é consumidor no exercício de sua profissão, via de regra, dos laboratórios de prótese, das casas especializadas em materiais equipamentos odontológicos, dos bancos de tecido ósseo, das farmácias de manipulação, dos laboratórios de análises clínicas, dos centros de exames por imagem, das indústrias e distribuidoras de materiais estéticos, exemplificativamente.

Fato é que o CPDC teve o condão de transformar o paciente em potencial adverso jurídico do Odontologista, sobretudo quando este pré-calibra a demanda que entende lhe trazer ganhos financeiros injustos, tendo por consequência a judicialização da Odontologia e a explosão da litigiosidade entre pacientes e profissionais da área.

Importante frisar que o artigo 14 do CPDC, em seu *caput*, consagra a responsabilidade objetiva como via de regra, quando afirma que: “O fornecedor de serviços responde, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos” (grifei e destaquei).

O impasse é resolvido, para o Odontologista em particular, pelo disposto no parágrafo 4º do mesmo artigo, que versa sobre a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, em cuja categoria se enquadram os Odontologistas, definindo que: “**A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa**”, constituindo esta exceção na única excludente de responsabilidade objetiva no CPDC (grifei e destaquei).

Veja-se que o citado parágrafo fala em exceção em relação à responsabilidade PESSOAL. Caso o Odontologista seja empregado de uma clínica, em praticando ele ato ilícito odontológico, a responsabilidade da clínica será objetiva, pois que tida como fornecedora do serviço odontológico, respondendo pelo dano de forma objetiva, independentemente de sua culpa.

Neste caso, incide a clínica odontológica em culpa *in eligendo*, por ter escolhido sem cuidados exigíveis o profissional atuante na clínica para pacientes consumidores, devendo indenizar, contudo, independentemente de sua culpa, caso assim seja determinado pelo juízo em sentença condenatória não mais sujeita a nenhum recurso (transitada em julgado), ressalvado à clínica o direito de regresso, para se ressarcir das despesas processuais, dos honorários de advogado e das indenizações que teve de pagar à pessoa lesada, movendo ação contra o Odontologista culpado pela lesão indenizável por responsabilidade civil, para que este à clínica pague o que esta desembolsou.

Portanto, a empresa fornecedora de serviços odontológicos responde independentemente da existência de culpa (responsabilidade objetiva) pelo dano, excetuados os casos de culpa exclusiva do consumidor ou de culpa exclusiva de terceiros não prepostos, representantes ou empregados do fornecedor ou prestador de serviços, sem qualquer vínculo ou relação jurídica com o prestador do serviço.

Dispõe o artigo 932, inciso III, do Código Civil, *in verbis*:

São também responsáveis pela reparação civil: (...)

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Complementa a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

Por sua vez, Artur Cristiano Arantes, novamente, registra em sua citada obra (2006, p. 102):

A responsabilidade civil do cirurgião-dentista na qualidade de profissional liberal, consoante o que dispõe o art. 14, § 4º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, será SEMPRE apurada, mediante verificação da CULPA, ou seja, responsabilidade subjetiva. Isto é, será avaliada de acordo com o maior ou menor grau de previsibilidade de dano. Trata-se, portanto, da única exceção (repetimos) produzida pelo Código Consumerista, visto que em todas as outras relações refere-se sempre a responsabilidade objetiva (teoria do risco), como regra". (Destques no original).

De se considerar que o Odontologista não se encontra livre de ser responsabilizado em juízo pelos danos causados por subordinado, ou preposto, exemplificativamente, ao paciente, se tratando, neste caso, de responsabilidade civil decorrente de terceiro vinculado ao Odontologista, tais como os auxiliares nos serviços odontológicos, incidindo o profissional tanto em culpa *in eligendo* quanto *in vigilando*, ou seja, tanto por escolher de forma equivocada os seus subordinados, como por não vigiar, não supervisionar de forma adequada, os atos praticados pelos terceiros, sob a égide do Odontologista.

Evidente, dada esta dicotomia, ser imprescindível e relevante nos casos que desandaram para a lide jurídica a respeito de possível erro de profissional da Odontologia, a prova pericial, também chamada nos meios forenses como “prova príncipe”, superior, técnica, em razão da especificidade da matéria, referindo-a e aplicando-a de forma correta e objetiva em função do alegado dano, sendo de todo necessária para o preciso e seguro desfecho da demanda judicial.

3.17 Da inversão do ônus da prova.

Neste tocante, o processo pesa para quem demandado judicialmente por consumidor, no caso, o paciente, dada a inversão do ônus da prova esculpida no artigo 6º, VIII, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)

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

A regra comum no Direito é que o ônus de provar o alegado é de quem alega o fato. A exceção encontra-se explícita no art. 6º, inciso VIII, do CPDC, pela qual, na prática, quem alega o fato não deve provar a sua ocorrência, e sim quem acusado de ter praticado a ilicitude ter de provar: ou que não a praticou; ou que a praticou sob as forças excludentes de culpa.

Esta inversão do ônus da prova, embora cominada na lei, depende do prudente entendimento do magistrado para ser aplicada, pois que o juiz deve se conduzir, caso a caso, segundo os ditames da equidade e da paridade de armas no processo, proporcionalizando as partes que litigam.

Assim, se alguém do povo litiga judicialmente com base no CPDC contra uma multinacional de telefonia móvel, detentora de exagerado poder econômico, verá em seu favor a inversão do ônus da prova, assim requerida no início da lide, e conseqüentemente deferida pelo magistrado.

Citando novamente Artur Cristiano Arantes (2006, p. 109-110):

Portanto, repetimos, não se trata de uma norma automática, como se pretende doutrinar. Há de se ter claro reconhecimento de desigualdade entre o consumidor e o fornecedor, para que o Juiz da causa possa transferir ao fornecedor-réu a obrigação de provar que não lesou o consumidor.

Decidiu, neste sentido, Superior Tribunal de Justiça (STJ):

“Ementa. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIÃO-DENTISTA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS.

1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a "responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa" (art. 14, § 4º).

2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da "facilitação da defesa" dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram

consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.

3. *Recurso especial não conhecido*". (REsp 122.505/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04.06.1998, DJ 24.08.1998 p. 71.)

Os pressupostos, portanto, da concessão da inversão do ônus da prova, depende da alegação verossímil; da hipossuficiência econômica ou técnica do consumidor, ou ambas, assim reconhecidas pelo magistrado colocado diante do caso concreto, para que o consumidor tenha facilitada a defesa de seus direitos em juízo, cabendo ao réu provar que a alegação do autor não condiz com a verdade fática, técnica, científica e jurídica.

3.18 Do necessário consentimento informado do paciente.

O Termo de Consentimento Informado do paciente odontológico decorreu tanto do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CPDC), quanto do Código de Ética Odontológica (CEO), pois que se encontra duplamente disciplinado em ambos os ordenamentos, dispostos nos artigos 6º, III, e no art. 14 do CPDC, e no artigo 7º, inciso IV, do CEO. Passou então o Odontologista a ter o dever de prestar ao paciente todas as informações, de forma clara e compreensível, do tratamento a que será submetido.

O Odontologista se encontra absolutamente impedido de iniciar o procedimento enquanto o paciente não apor a sua expressa concordância ao Termo de Consentimento Informado (TCI), a ele disponibilizado pelo próprio Odontologista.

O CPDC prescreve, *verba legis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)

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

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

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

(...);

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

Já o CEO prescreve:

Art. 7º. Constitui infração ética: (...)

IV- deixar de esclarecer adequadamente os propósitos, riscos, custos e alternativas do tratamento; (...);

Portanto, o direito à informação passou a ser direito básico do consumidor. Atente-se que este consentimento informado do paciente deve ser esclarecido e consentido por pessoa capaz, maior, apto para entender completamente a proposta de procedimento interventivo planejado, e seus riscos, de forma absolutamente livre de qualquer coação, pressão, influência ou indução.

Na hipótese de paciente incapacitado ou interditado, temporária ou permanentemente, de agir por si ou de entender o ato a que ele será submetido, cabe ao Odontologista consultar para obter o consentimento de algum responsável legal do paciente, configurando-se o Termo de Consentimento Substituto, desde que sejam aptos para entenderem completamente a proposta de procedimento interventivo planejado e seus riscos.

Importante conservar a segunda via do TCI, devidamente assinada pelo paciente, caso venha o profissional ser demandado em juízo, pois que diante da inversão do ônus da prova prevista no CPDC, basta ao paciente alegar ao magistrado que não foi informado pelo Odontologista quanto ao procedimento e seus riscos, visto que na dúvida entre a palavra do paciente e a

do profissional, prevalecerá a palavra do paciente em virtude de sua condição de consumidor hipossuficiente, tido por desprotegido, sendo que a prova testemunhal em favor do Odontologista será de valor probatório incerto para se provar que o dever à informação do paciente foi prestado.

Este autor aconselha que além do TCI ser assinado pelo paciente, seja também assinado por um acompanhante do paciente e por um seu funcionário, figurando como testemunhas instrumentárias de que o TCI foi lido pelo profissional e entendido pelo paciente. Aconselha ainda que a bula, no original, ou cópia fiel, do produto a ser aplicado no paciente, seja anexada ao TCI.

Ressalve-se que o ordenamento não admite a cláusula de exoneração de responsabilidade civil em matéria delitual, pois que facilmente seria considerada como cláusula abusiva, e assim, anulada em juízo, constituindo, ao ver deste autor, em gravame ulterior para o profissional, pois que além de imoral, será entendida como favorecimento à desídia de parte do Odontologista quando do exercício da Odontologia, almejando não responder civilmente pela inexecução parcial ou total do contrato, por sua culpa, à luz do '*caput*' do artigo 51 do CPDC, que prevê que as cláusulas consideradas abusivas serão declaradas absolutamente nulas de pleno direito.

CONCLUSÃO

Sem minimamente pretender o autor esgotar o tema, pois que exigiria trabalho de largo tempo e fôlego, conclui-se que o avassalador aumento de ações judiciais movidas contra a atuação de Odontologistas, que atualmente representa um fenômeno dotado de permanência, obrigou o profissional, sobretudo o especialista em Harmonização Facial, que já vem sendo submetido às pressões econômicas, mercadológicas, éticas e disciplinares, além do assédio continuado da indústria da estética, a adotar medidas preventivas, munindo-se de cuidados que vão desde o registro acurado de todo o prontuário do paciente, até o acervo armazenado de vídeos e fotografias do caso, além da troca de comunicações havidas por meios eletrônicos, entre o profissional e o paciente.

Para além do cultivo de uma relação de amizade, estabelecendo vínculo de confiança com o paciente, necessária é a organização da atividade, mediante documentos arquivados por qualquer meio, físico e virtual.

Fundamental também o esmero do exame clínico e anamnese completa e detalhada, e a sempre imprescindível comunicação clara de cada procedimento, exame ou medicamento proposto, mantendo postura prudente e modesta quanto às suas expectativas sobre o resultado que se espera.

A planificação sequencial dos procedimentos reduzidos a uma rotina fácil, simples e factível no cotidiano é aconselhável, evitando-se complexidades que confundam o paciente e o levem a crer estar sendo enganado.

Desnecessário afirmar que a atualização odontológica, farmacológica e procedimental é fundamental para se evitar danos à própria imagem e carreira.

A checagem acurada antes da execução de procedimentos deve se tornar rotina para o profissional da área.

Manter-se na defensiva profissional, avaliando o paciente sob os multifacetados aspectos relativos ao caráter, às posturas, a personalidade, o estado psíquico e emocional, além de físico, do paciente, capacitando o Odontologista, pela prática, para prever potenciais agressões, profissionais e judiciárias, avaliando quem de boa-fé, daqueles de pré-calibrada má-fé, de certo evitarão grandes dissabores, enorme perda de tempo, ingentes perdas patrimoniais e desgaste da própria imagem no mercado e frente aos seus pares.

Caso, mesmo assim, o profissional se veja envolvido em lide judicial em função de seu exercício profissional, este trabalho, ao menos, balizará, por seus acenos, as posturas de defesa e de enquadramento que deve assumir, sendo certo que o profissional atingido deve se valer de profissional do Direito gabaritado para o fim de levar a cabo, com competência e dedicação, a sua defesa em juízo, pedindo este a produção de todas as provas lícitas e admitidas em Direito, tanto a testemunhal, como a documental e, sempre, absolutamente sempre, a prova pericial, sendo aconselhável que o Odontologista se muna de seguros profissionais para este fim.

REFERÊNCIAS

1. BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Da norma ao ordenamento: uma visita a Kelsen e Bobbio*. Revista Direito em Debate, Ano X nº 16/17 jan./jun. 2002,
in:<<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/773/495>>. Último acesso em 11 de fevereiro de 2018.
2. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. 427 p
3. MORAES, Walter. *Direito à própria imagem I*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, setembro de 1972, p. 64, *et seq.*
4. BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Da norma ao ordenamento: uma visita a Kelsen e Bobbio*. Revista Direito em Debate, Ano X nº 16/17 jan./jun. 2002,
in:<<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/773/495>>. Último acesso em 11 de fevereiro de 2018.
5. <<https://foodsafetybrazil.org/constituicao-hierarquia-normas-juridicas/>> Último acesso em 14 de fevereiro de 2018.
6. MORAES, Walter. *Direito à própria imagem I*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, setembro de 1972, p. 64, *et seq.*
7. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146.
8. ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 110.
9. MORAES, Walter. *Direito à própria imagem II*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 444, outubro de 1972, p. 22, *et seq.*
10. MORAES, Walter. *Como se há de entender o Direito Constitucional à própria imagem*. Repertório IOB de Jurisprudência, n. 5/89, 1ª quinzena de março de 1989, p. 82, *et seq.*

- 11.FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 1996, p. 268.
- 12.MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 95
- 13.CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 678
- 14.BARCHET, Gustavo; MOTTA, Sylvio. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- 15.CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de Responsabilidade Civil*, Ed. Atlas, 2008, p.2
- 16.GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil brasileiro*, Ed. Saraiva, 2007, p.13,14.
- 17.DANTAS, San Tiago, *Programa de Direito Civil*, V. I/ 341, Ed. Rio.
- 18.GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría general de La reparacion de daños*, 2. Ed., Buenos Aires: Astrea, 1999.
- 19.STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, S. Paulo: RT, 2001. p. 97
- 20.STOCO, Rui. *Op. Cit.* p. 101
- 21.ARANTES, Artur Cristiano. *Responsabilidade civil do cirurgião-dentista*. Leme: Mizuno, 2006. p. 71-73.
- 22.ARANTES, Artur Cristiano. *Op. Cit.* p. 84.
- 23.GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 22.
- 24.DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 16. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. 265-266.