UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
ÂNIMA EDUCAÇÃO
EMANUELA CASAGRANDE PIAZZA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA: ORIENTAÇÕES PARA O PROFISSIONAL EVITAR A RESPONSABILIZAÇÃO NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS

Içara
2023

EMANUELA CASAGRANDE PIAZZA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA: ORIENTAÇÕES PARA O PROFISSIONAL EVITAR A RESPONSABILIZAÇÃO NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Alex Sandro Sommariva, Esp.

Içara

2023

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA: ORIENTAÇÕES PARA O PROFISSIONAL EVITAR A RESPONSABILIZAÇÃO NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Içara, 27 de novembro de 2023.

Emanuela Casagrande Piazza

EMANUELA CASAGRANDE PIAZZA

EMANUELA CASAGRANDE PIAZZA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA: ORIENTAÇÕES PARA O PROFISSIONAL EVITAR A RESPONSABILIZAÇÃO NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Içara, 27 de novembro de 2023.

_____

Professor e orientador Alex Sandro Sommariva, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Professora Ana Carla Ferreira Marques, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Professora Roberta dos Santos Rodrigues, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

“O ápice da injustiça é parecer que é justa não o sendo.” Platão

RESUMO

O presente estudo se propõe a analisar a responsabilidade civil do cirurgião-dentista e propor condutas para evitar a responsabilização nas ações indenizatórias movidas por seus pacientes, destacando a documentação odontológica como instrumento de prova da conduta profissional. Trata-se de uma pesquisa de natureza exploratória, qualitativa e bibliográfica, consistindo no levantamento de referências teóricas publicadas na doutrina, em artigos científicos e demais publicações acadêmicas, além da consulta à legislação vigente. A odontologia é considerada uma das profissões que mais geram riscos de danos, por isso é imprescindível que o cirurgião-dentista possua ciência da sua responsabilidade e das maneiras de como se proteger nas ações judiciais. Para isso, foi abordado o tema da teoria geral da responsabilidade civil, no qual foram mencionadas as noções gerais, as espécies e os pressupostos. Também foi explorado o tema da responsabilidade civil do cirurgião-dentista com abordagem das normas gerais aplicas a sua responsabilização subjetiva, fundada na noção de culpa; a natureza jurídica predominantemente contratual da relação profissional-paciente; a discussão quanto a natureza obrigacional assumida pelo cirurgião-dentista, se de meio ou de resultado e suas implicações; além dos aspectos éticos e legais pertinente ao exercício profissional. Por fim, abordou-se a questão da documentação necessária ao cirurgião-dentista, bem como as causas excludentes de responsabilidade civil e a noção de seguro de responsabilidade civil profissional, como maneiras de evitar a responsabilização. A conclusão que se chega revela a necessidade do profissional exercer a odontologia defensivamente visando facilitar sua defesa em uma eventual demanda judicial.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Cirurgião-dentista. Documentação.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the civil liability of dentists and propose conduct to avoid liability in compensation suits brought by their patients, highlighting dental documentation as an instrument of proof of professional conduct. This is exploratory, qualitative and bibliographical research, consisting of a survey of theoretical references published in doctrine, scientific articles and other academic publications, as well as consultation of current legislation. Dentistry is considered to be one of the professions that generates the greatest risk of damage, which is why it is essential that dentists are aware of their responsibilities and how to protect themselves in lawsuits. To this end, the topic of the general theory of civil liability was addressed, in which the general notions, species and assumptions were mentioned. The topic of dentists' civil liability was also explored, with an approach to the general rules applied to their subjective liability, based on the notion of guilt; the predominantly contractual legal nature of the professional-patient relationship; the discussion as to the nature of the obligation assumed by the dentist, whether of means or of result and its implications; as well as the ethical and legal aspects pertinent to professional practice. Finally, the issue of the documentation required by the dental surgeon was addressed, as well as the exclusionary causes of civil liability and the notion of professional civil liability insurance, as ways of avoiding liability. The conclusion reached reveals the need for professionals to practice dentistry defensively in order to facilitate their defense in the event of a lawsuit.

Keywords: Civil liability. Dentist. Documentation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 9
1 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL 11
1.1 NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL 11
1.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL 15
1.2.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual 15
1.2.2 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva 17
1.2.3 Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor 21
1.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL 24
1.3.1 Conduta humana 24
1.3.2 Dano 27
1.3.2.1 Dano material ou patrimonial 29
1.3.2.2 Dano moral ou extrapatrimonial 31
1.3.2.3 Dano estético 33
1.3.3 Nexo de causalidade 34
1.3.3.1 Teoria da equivalência das condições 35
1.3.3.2 Teoria da causalidade adequada 36
1.3.3.3 Teoria do dano direto e imediato 37
1.3.3.4 Teoria adotada pelo Código Civil brasileiro 38
1.3.4 Culpa 39
1.3.4.1 Elementos da culpa 41
1.3.4.2 Graus de culpa 43
1.3.4.3 Espécies de culpa 44
2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA 46
2.1 CONCEPÇÃO JURÍDICA DE PROFISSIONAL LIBERAL 46
2.2 NORMAS GERAIS APLIACADAS A RESPONSABILIZAÇÃO PROFISSIONAL 47
2.3 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL 48
2.3.1 Obrigação de meio 49
2.3.2 Obrigação de resultado 50
2.3.3 Relevância da distinção entre obrigação de meio e obrigação de resultado 51
2.3.4 Natureza obrigacional da atividade do cirurgião-dentista 53
2.4 LEGISLAÇÃO REFERENTE AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DO CIRURGIÃO-DENTISTA 57

2.4.1 Lei nº 5.081, de 24 de agosto de 1966 58
2.4.2 Código de Ética Odontológica 60
2.4.2.1 Penalidades administrativas 63
2.4.3 Exercício ilegal da Odontologia 64
2.4.4 Outros crimes previstos no Código Penal 66
3 CONDUTAS PARA EVITAR A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS CIRURGIÕES-DENTISTAS NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS 68
3.1 DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA 68
3.1.1 Prontuário odontológico 69
3.1.1.1 Ficha clínica 70
3.1.1.1.1 Identificação do profissional e do paciente 70
3.1.1.1.2 Anamnese 71
3.1.1.1.3 Exame clínico 72
3.1.1.1.4 Plano de tratamento 73
3.1.1.1.5 Evolução e intercorrências do tratamento 73
3.1.1.2 Prescrições 74
3.1.1.3 Atestados 75
3.1.1.4 Exames complementares 76
3.1.2 Termo de consentimento livre e esclarecido 76
3.1.3 Contrato de prestação de serviços odontológicos 78
3.2 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL 81
3.2.1 Da culpa ou fato exclusivo da vítima 81
3.2.2 Da culpa ou fato exclusivo de terceiro 82
3.2.3 Caso fortuito e força maior 83
3.3 SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL 85
3.3.1 O sinistro na atividade do profissional liberal 87
4 CONCLUSÃO 91
REFERÊNCIAS 92

1 INTRODUÇÃO

A odontologia é uma ciência da área da saúde que passa por um momento de transição, visto que nos últimos anos tem havido um aumento expressivo das atribuições dessa categoria profissional. Em razão disso, os cirurgiões-dentistas precisam se adaptar a essa atual realidade, buscando novos conhecimentos, aprimoramentos técnicos e materiais mais eficazes, para um atendimento cada vez mais atualizado, completo e humanizado aos seus pacientes.

Até pouco tempo, a prestação dos serviços odontológicos se dava através de um vínculo de confiança entre o profissional e o paciente, o que era essencial e determinante na escolha do cirurgião-dentista para a execução do tratamento. No entanto, atualmente se observa a massificação dos serviços de odontologia, que são vendidos pelos convênios e clínicas populares como um mero produto de consumo.

Como consequência disso é notório e crescente o número de demandas judiciais contra os cirurgiões-dentistas - assim como ocorre na área médica. Isso se dá também devido ao acesso facilitado a um maior volume de informações, a uma maior conscientização da população quanto aos seus direitos e às melhorias no acesso à justiça, que se deram principalmente após a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto, o presente estudo se propõe a analisar a responsabilidade civil do cirurgião-dentista e propor condutas para evitar a responsabilização nas ações indenizatórias, destacando a documentação odontológica como instrumento de prova a ser utilizado nas demandas judiciais, pois quando o profissional não toma os devidos cuidados a fim de se proteger, assume o risco de responder por atos que praticou sem a intenção de causar dano. Atualmente, as demandas judiciais, movidas pelos pacientes insatisfeitos, representam a maior preocupação da classe odontológica.

Diante disso, há a necessidade de conhecer e analisar a responsabilidade civil do cirurgião-dentista, buscando-se estabelecer uma orientação fundamentada quanto às condutas praticadas pelo profissional no decorrer de todo o tratamento, para que ele possa se resguardar adequadamente e, na ocorrência de discussão judicial, estar prevenido e preparado para a produção competente da sua defesa, a fim de que não seja injustamente prejudicado.

A proposição desse tema objetiva, assim, esclarecer os cirurgiões-dentistas (pouco cientes dos procedimentos judiciais) quanto as condutas necessárias para se defender de possíveis ações civis indenizatórias, nas quais a tendência – justamente por falha na produção de provas, tem sido o favorecimento do paciente em detrimento do profissional. Além disso,

visa qualificar também o profissional do direito para atuar com as diligências necessárias nas demandas que envolvam esses e outros profissionais da área da saúde.

Essa pesquisa pode ser caracterizada quanto ao nível ou aos objetivos como de natureza exploratória. No que se refere à abordagem, trata-se de pesquisa de natureza qualitativa. Quanto ao procedimento utilizado para a coleta de dados, é de natureza bibliográfica, consistindo no levantamento de referências teóricas publicadas na doutrina, em artigos científicos e demais publicações acadêmicas, além da consulta à legislação vigente, a fim de auxiliar o entendimento sobre o tema proposto.

O direito positivo consagra as regras necessárias para a convivência social, punindo todo aquele que infringindo-as, cause lesão aos interesses jurídicos de outrem. A responsabilidade civil pode ser classificada quanto ao seu fato gerador em contratual e extracontratual, e quanto ao seu fundamento em responsabilidade subjetiva e objetiva. Do conceito de ato ilícito, previsto no artigo 186 do Código Civil, se extrai os elementos ou pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta humana, o dano, o nexo causal e a culpa. Como a relação que se estabelece entre o cirurgião-dentista e o paciente se caracteriza como uma relação de consumo, também se faz necessária a análise da responsabilidade civil conforme o Código de Defesa do Consumidor.

No que diz respeito à responsabilidade civil do cirurgião-dentista, faz-se necessária a análise das normas gerais aplicadas a responsabilização do profissional liberal, bem como da natureza jurídica da obrigação assumida pelo cirurgião-dentista, visto que o vínculo jurídico entre o profissional e o paciente encontra-se no direito das obrigações. Essa relação jurídica abrange a conduta clínica, os aspectos éticos e os parâmetros legais relacionados ao exercício da profissão, sendo a inobservância desses aspectos os principais fatores que ocasionam a responsabilização civil do cirurgião-dentista, que também pode se dar na esfera administrativa e até mesmo na esfera penal.

Entre as diversas atribuições do cirurgião-dentista está aquela em que é preciso responder pelos atos praticados no exercício da profissão. Assim, considerando que as provas que o profissional deverá alegar em juízo são pré-constituídas, ou seja, produzidas oportunamente pelo profissional no curso do tratamento, a documentação odontológica passou a ter grande relevância jurídica. O prontuário odontológico que já era de grande valia para o cirurgião-dentista, por registrar todas as etapas do tratamento, passou a ter um peso ainda maior, visto ser considerado o principal instrumento de defesa na análise da responsabilização civil do profissional.

1 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O direito positivo consagra as regras necessárias para a convivência social, punindo todo aquele que infringindo-as, cause lesão aos interesses jurídicos de outrem (Gagliano; Pamplona Filho, 2023). A partir dessa ideia, ingressa-se na análise do tema da responsabilidade civil, assunto sobre o qual se passa a expor.

1.1 NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O termo "responsabilidade" tem origem no verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo; significa a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade. O termo contém, ainda, a raiz latina *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais (Diniz, 2023; Gagliano; Pamplona Filho, 2023; Tartuce, 2023).

Em seu sentido etimológico, responsabilidade remete à ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Pressupõe um dever jurídico preexistente, que o agente podia conhecer e observar. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta daquele que não executou o seu dever, ou seja, foi criada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Só se cogita a responsabilidade civil quando houver a violação de um dever jurídico preexistente e o surgimento de um dano (Cavalieri Filho, 2023).

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que acarretando dano para outrem, gera um novo dever jurídico - o de reparar o dano. Tem-se assim, um dever jurídico originário ou primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo. Responsabilidade civil, portanto, é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário (Cavalieri Filho, 2023).

Diante disso é possível afirmar que toda conduta humana que viola um dever jurídico originário e causa prejuízo a outrem, é fonte geradora de responsabilidade civil. Da mesma forma, é possível se afirmar que sem a violação de um dever jurídico preexistente não há que se falar em responsabilidade em qualquer modalidade, porque esta é um dever sucessivo decorrente daquele (Cavalieri Filho, 2023).

O artigo 927 do Código Civil dispõe: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Quando o dispositivo se refere ao ato ilícito, faz menção ao ato ilícito propriamente dito, puro ou padrão, e ao ato ilícito equiparado,

decorrente do exercício irregular ou imoderado de um direito. Pode-se afirmar, portanto, que a responsabilidade civil está fundamentada em dois conceitos estruturais: o ato ilícito e o abuso de direito (Brasil, 2002; Tartuce, 2023).

O conceito do ato ilícito em sentido estrito, que tem a culpa como um dos seus elementos, encontra-se no artigo 186 do Código Civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Porém, o Código formulou um conceito mais abrangente no seu artigo 187, que consagra o conceito de abuso de direito ou abuso de direito como ato ilícito equiparado, no qual a culpa não figura como elemento integrante, mas sim os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo fim econômico ou social do Direito (Brasil, 2002; Cavalieri Filho, 2023).

O ato ilícito é, portanto, toda manifestação da vontade que tenha por fim criar, modificar ou extinguir uma relação de direito. Por sua vez, o abuso de direito consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, realizado sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito (Cavalieri Filho, 2023; Tartuce, 2023).

Diniz (2023, p. 22) considera que para a caracterização do ato ilícito, é necessário a conduta humana voluntária "que viole norma jurídica protetora de interesses alheios ou um direito subjetivo individual, e que o infrator tenha conhecimento da ilicitude de seu ato, agindo com dolo, se intencionalmente procura lesar outrem, ou culpa, se consciente dos prejuízos que advêm de seu ato, assume o risco de provocar evento danoso". Ou seja, para a sua caracterização é necessário a infração de um dever jurídico preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente. "A ação contrária ao direito, praticada sem que o agente saiba que é ilícita, não é ato ilícito, embora seja antijurídica".

Pode-se afirmar assim, que o principal elemento da responsabilidade civil é o descumprimento de um dever jurídico preexistente (ato ilícito), causado por uma conduta voluntária do agente (ação ou omissão), que quando acarreta dano aos interesses jurídicos de outrem (material, moral, estético), gera o dever de responder pelas consequências (dever de indenizar) (Cavalieri Filho, 2023).

Sendo lícita a conduta, ainda que danosa a outrem, não haverá o que indenizar. Os casos de reparação por ato lícito são excepcionalíssimos, só tendo lugar nas hipóteses expressamente previstas em lei, como no caso de dano causado em estado de necessidade. Nesses casos não há responsabilidade em sentido técnico, por inexistir violação de dever jurídico, mas há a obrigação legal de reparação por ato lícito (Cavalieri Filho, 2023).

Além do ato ilícito, há outras fontes geradoras de responsabilidade civil, como nos casos em que o dano deverá ser reparado sem o fundamento da culpa, baseado na lei ou no risco objetivamente considerado. Dispõe o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem" (Brasil, 2002; Diniz, 2023).

Segundo Cavalieri Filho (2023, p. 17) "não há que se falar em ato lícito se em todos os casos de responsabilidade objetiva […] há sempre a violação de um dever jurídico preexiste, o que configura a ilicitude. Ora será o dever de incolumidade, ora o dever de segurança, mas haverá sempre o descumprimento de uma obrigação originária".

Para Gagliano e Pamplona Filho (2023, p. 17) a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa do agente que atuando ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente, legal ou contratual, subordinando-se às consequências do seu ato (obrigação de reparar os danos causados). "Deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas".

Segundo Diniz (2023), a responsabilidade civil implica na aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado (responsabilidade civil direta), por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa ou animal a ela pertencente (responsabilidade civil indireta) ou por simples imposição legal.

Nas precisas palavras de Cavalieri Filho (2023, p. 22), "o anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo, inspira-se no mais elementar sentimento de justiça, pois o dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima". Surge, portanto, a necessidade de se restabelecer esse equilíbrio, visando garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento dos danos sofridos, o que se procura fazer restabelecendo-se na medida do possível o *status quo ante* (Diniz, 2023; Cavalieri Filho, 2023).

O princípio da reparação integral é o principal objetivo de todos os sistemas jurídicos, visando à mais completa reparação dos danos. Embora seja um ideal de difícil concretização, é perseguido por se ligar à própria função da responsabilidade civil. "Restituir a vítima ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito constitui uma exigência da justiça comutativa (ou corretiva), sob pena de não se realizar a função primordial da responsabilidade civil" (Cavalieri Filho, 2023, p. 22).

Nesse aspecto, pode-se afirmar que a reparação civil possui as seguintes funções: compensatória do dano à vítima, punitiva do ofensor, e desmotivadora social da conduta lesiva. Na compensação do dano à vítima, encontra-se o objetivo básico e a finalidade da reparação civil, que é retornar as coisas ao *status quo ante*. Repõe-se o bem perdido diretamente ou, quando não é mais possível, impõe-se o pagamento de um *quantum* indenizatório, em importância equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Embora a punição ao ofensor não seja a finalidade básica da responsabilidade civil, a prestação imposta gera um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, estimulando o ofensor a não mais causar danos a outrem. Essa persuasão não se limita ao ofensor, acabando por incidir numa terceira função, de cunho socioeducativo, que é a de tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas. Alcança-se, por via indireta, a própria sociedade, restabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

A sanção é a consequência jurídica que o agente sofre, em virtude da violação de um dever, pela prática de seus atos. A responsabilidade civil gera uma sanção civil, por decorrer de infração de norma de direito privado, cujo objetivo é o interesse particular e, em sua natureza jurídica, é compensatória, por abranger indenização ou reparação de dano causado por ato ilícito, contratual ou extracontratual e por ato lícito (Diniz, 2023).

É de ordem pública o princípio que obriga o autor do ato ilícito a se responsabilizar pelo prejuízo que causou. Preconiza o artigo 391 do Código Civil que “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”, o que consagra o princípio da imputação civil dos danos ou princípio da responsabilidade patrimonial do devedor. Porém, há exceção a essa regra, pois existem bens que são impenhoráveis. A melhor redação para a compreensão da responsabilidade patrimonial do devedor é a do artigo 789 do Código de Processo Civil: “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei” (Brasil, 2002, 2015; Tartuce, 2023).

Os bens do responsável ficarão sujeitos à reparação do dano causado e se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação, mediante seus bens, de tal forma que ao titular da ação indenizatória caberá a opção entre acionar apenas um ou todos os autores ao mesmo tempo (CC, art. 942) (Brasil, 2002; Diniz, 2023).

1.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil pode apresentar-se sob diferentes espécies, conforme a perspectiva em que é analisada. Assim, poderá ser classificada quanto ao seu fato gerador, em responsabilidade contratual e extracontratual ou aquiliana; e quanto ao seu fundamento, em responsabilidade subjetiva e objetiva. Por fim, passa-se a análise da responsabilidade civil conforme o Código de Defesa do Consumidor (Diniz, 2023).

1.2.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

Quem infringe dever jurídico *lato sensu* de que resulte dano a outrem fica obrigado a repará-lo, ou seja, indenizar. Esse dever jurídico, passível de violação, pode ter como fonte tanto uma relação jurídica obrigacional preexistente - um dever oriundo de um contrato; quanto uma obrigação imposta por preceito geral do direito ou pela própria lei. Baseado nisso, a doutrina classifica a responsabilidade civil em contratual e extracontratual ou aquiliana (Cavalieri Filho, 2023; Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Em ambas há a violação de um dever jurídico preexistente. Na responsabilidade civil contratual, a culpa contratual se caracteriza pela violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o conteúdo do negócio jurídico; enquanto na responsabilidade civil extracontratual, se viola um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Para a configuração da responsabilidade contratual é imprescindível a existência de um vínculo contratual entre credor e devedor, ou seja, entre a vítima e o autor do dano, pois somente se houver contrato o credor estará autorizado a exigir do devedor o cumprimento da prestação. Havendo um contrato estabelecido entre as partes, é necessário que ocorra então, um desrespeito ao contrato, no todo ou em parte, por um ou ambos os contratantes, ou ainda por terceiros. Por fim, é necessário que haja o dano e a relação de causalidade entre este e o inadimplemento (Diniz, 2023).

Assim, se preexiste um vínculo obrigacional, isto é, se entre as partes já existia norma jurídica contratual que as vinculava e o dano decorre do descumprimento de obrigação fixada no contrato - como a falta de adimplemento ou a mora no cumprimento da obrigação, há o ilícito contratual (violação de dever jurídico criado pelas partes no contrato) e, portanto, o dever

de indenizar baseado na responsabilidade civil contratual (Diniz, 2023; Cavalieri Filho, 2023; Gagliano; Pamplona Filho, 2023; Tartuce, 2023).

Os artigos 389 a 393 do Código Civil consagram a responsabilidade civil contratual, cuja regra geral está prevista no artigo 389: "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado" (Brasil, 2002).

Diniz (2023, p. 53) afirma que:

> Se o contrato é fonte de obrigações, sua inexecução também o será. Quando ocorre o inadimplemento do contrato, não é a obrigação contratual que movimenta a responsabilidade, uma vez que surge uma nova obrigação que se substitui à preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo consequente à inexecução da obrigação assumida. A responsabilidade contratual é o resultado da violação de uma obrigação anterior, logo, para que exista, é imprescindível a preexistência de uma obrigação. [...] A primeira obrigação (contratual) tem origem na vontade comum dos contraentes, ao passo que o dever de reparar o dano resultante da inexecução contratual vai contra a vontade do devedor, que não quer a nova obrigação estabelecida com o inadimplemento da obrigação que contratualmente consentira. Desse modo, a obrigação decorrente do contrato é diferente da que nasce de sua inexecução.

O descumprimento do contrato nada mais é do que uma forma de ato ilícito. Por inadimplemento contratual compreende-se o não cumprimento da prestação pactuada. As obrigações assumidas no contrato devem ser fielmente executadas. A regra é que o devedor está obrigado a efetuar a prestação devida de um modo completo, no tempo e no lugar determinados na obrigação. No que se refere às obrigações negativas (de não fazer), o devedor é considerado inadimplente desde o dia em que o ato é executado (CC, art. 390) (Brasil, 2002; Cavalieri Filho, 2023; Tartuce, 2023).

Na responsabilidade civil contratual, a culpa é, em regra, ao menos, presumida, uma vez que se trata do descumprimento de uma prestação que se assumiu livremente. Assim, há uma inversão do ônus da prova a favor do credor se comprovada a violação do dever contratual, pois caberá à vítima comprovar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, enquanto ao devedor restará o *onus probandi* de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente do nexo causal (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Para Diniz (2023), como a responsabilidade contratual normalmente se baseia no dever de resultado, acarretará na presunção da culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação. Só excepcionalmente se permite que um dos contratantes assuma, em cláusula expressa, o encargo da força maior ou do caso fortuito. Também é possível estipular cláusula para reduzir ou excluir a indenização, desde que não contrarie a ordem pública e os bons costumes.

Por outro lado, se o prejuízo decorre da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator, sem que entre ele e a vítima preexista qualquer relação jurídica, estaremos diante da responsabilidade civil extracontratual, delitual ou aquiliana - prevista nos artigos 186, 927, 188 e 928 a 954 do Código Civil (Cavalieri Filho, 2023; Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Segundo Diniz (2023), a origem da responsabilidade extracontratual é a inobservância da lei. O agente terá o dever de reparar o dano que causou à vítima pelo descumprimento de preceito legal ou pela violação de dever geral de abstenção, pertinente aos direitos reais ou de personalidade, ou seja, pela infração à obrigação negativa de não prejudicar ninguém.

Como, em regra, a responsabilidade extracontratual se fundamenta na culpa, a vítima deverá demonstrar que o agente agiu com imprudência, negligência ou imperícia para obter a reparação do dano sofrido. Nesses casos, o *onus probandi* caberá à vítima, é ela quem deverá provar a culpa do agente. No entanto, a responsabilidade extracontratual também poderá abranger a responsabilidade sem culpa, objetiva, baseada na ideia de risco (CC, art. 927, parágrafo único) (Diniz, 2023).

Em síntese, haverá responsabilidade civil contratual quando o dever jurídico violado estiver previsto no contrato (ilícito contratual); e reponsabilidade civil extracontratual se o dever jurídico violado estiver previsto na ordem jurídica ou na lei, sendo que as regras previstas no Código Civil para a responsabilidade contratual são também aplicadas à responsabilidade extracontratual (Cavalieri Filho, 2023).

1.2.2 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

Durante a vigência do Código Civil de 1916, a regra que predominou no ordenamento jurídico brasileiro foi a da responsabilidade civil subjetiva. Todo o sistema de responsabilidade estava apoiado na ideia da culpa provada. A culpa presumida e a responsabilidade objetiva eram admitidas apenas excepcionalmente. No entanto, o Código Civil de 2002 alterou profundamente a disciplina da responsabilidade civil. Se o Código de 1916 era subjetivista, o Código atual prestigia a responsabilidade objetiva (Cavalieri Filho, 2023).

Para Diniz (2023) essa mudança se deu pois, em alguns casos, a teoria da culpa, que fundamenta a responsabilidade civil subjetiva, não oferecia solução satisfatória para a resolução do conflito. Com o intuito de permitir à vítima, ante a dificuldade da prova da culpa, a obtenção de meios para a reparação dos danos sofridos, a corrente objetivista desvinculou o dever de

reparação do dano da ideia de culpa, baseando-o no risco da atividade. Com isso, o agente deverá ressarcir o prejuízo causado, mesmo que isento de culpa, porque sua responsabilidade é objetiva, imposta por lei.

Isso não significa dizer que a responsabilidade subjetiva tenha sido inteiramente afastada do ordenamento jurídico brasileiro. Sempre haverá responsabilidade subjetiva, mesmo não havendo lei prevendo-a, porque faz parte da essência do Direito, da sua ética e moral, do sentido natural de justiça. Decorre daquele princípio superior do Direito de que ninguém pode causar dano a outrem. Assim, há no Código atual um sistema de responsabilidade prevalentemente objetivo, porém sem exclusão da responsabilidade subjetiva, que terá espaço sempre que não houver disposição legal expressa consagrando a responsabilidade objetiva (Cavalieri Filho, 2023).

De acordo com a teoria clássica, a culpa é o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. Por essa concepção, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente. A responsabilidade sempre esteve ligada à ideia de culpa e é por isso que, em regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir (Cavalieri Filho, 2023).

Diniz (2023, p. 21) afirma que:

> No nosso ordenamento jurídico vigora a regra geral de que o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. Portanto, o ato ilícito qualifica-se pela culpa. Não havendo culpa, não haverá, em regra, qualquer responsabilidade.

O Código Civil possui uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva, encontrada no artigo 927 que faz menção expressa ao artigo 186, onde se encontra o conceito de ato ilícito: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. É preciso conjugar esses dois artigos para encontrar a cláusula geral da responsabilidade subjetiva (Brasil, 2002; Cavalieri Filho, 2023).

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2023), a responsabilidade civil subjetiva é aquela decorrente de um dano causado em função de um ato doloso ou culposo. Esta culpa, por ter natureza civil, se caracteriza quando o agente causador do dano atua com negligência, imprudência ou imperícia. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, sempre caberá ao autor o ônus da prova da culpa do réu.

A noção básica da responsabilidade civil dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa. No entanto, há situações em que o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade civil a alguém por dano que não foi causado

diretamente por ele, mas sim por um terceiro com quem mantém algum tipo de relação jurídica. Trata-se da responsabilidade civil indireta, em que o elemento culpa não é desprezado, mas presumido em função do dever geral de vigilância a que está obrigado o agente (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Em síntese, o ato ilícito estrito é o fato gerador da responsabilidade civil subjetiva, de maneira que o agente, por ter-se afastado do conceito de *bonus pater familias*, deverá ressarcir o prejuízo causado, se houver prova de que agiu com dolo ou culpa. Sua responsabilidade será individual, podendo ser direta ou indireta. Quando o agente responder por ato próprio, será direta. Nas situações previstas em lei, nas quais se admite culpa presumida *juris et de jure*, será indireta. Nesses casos, poderá haver a inversão do ônus da prova, ou, ainda, a responsabilidade civil objetiva (CC, art. 933) (Diniz, 2023).

Todavia, há casos em que não é necessário caracterizar a culpa. Trata-se da responsabilidade civil objetiva, em que o dolo ou a culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, razão pela qual se fala em responsabilidade independentemente de culpa. Somente será necessário o elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente para que surja o dever de indenizar. Indispensável será, no entanto, essa relação de causalidade, porque mesmo em se tratando de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar a quem não tenha dado causa ao evento (Cavalieri Filho, 2023; Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

O Código Civil atual passou a admitir expressamente a responsabilidade objetiva pela regra constante no artigo 927, parágrafo único: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Pela análise do dispositivo pode-se concluir que são duas as hipóteses gerais de responsabilidade objetiva: nos casos expressamente previstos na lei ou quando a atividade desenvolvida gerar riscos aos direitos de outrem (Brasil, 2002; Tartuce, 2023).

Com relação aos casos previstos em lei, tem-se a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços perante os consumidores prevista no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990); a responsabilidade civil ambiental, consagrada pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981); a Lei nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, entre outras (Tartuce, 2023).

A responsabilidade objetiva também tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde e a outros bens. Nesse caso, o perigo

deve resultar do risco da atividade exercida e não do comportamento do agente. Risco é perigo, é probabilidade de dano, e por isso, tal atividade deve ser exercida com segurança, de forma que o dano decorrente deve ser atribuído e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. O exercício dessa atividade de risco pressupõe a busca de algum proveito, em geral de natureza econômica, que surge como decorrência da atividade potencialmente danosa (risco-proveito) (Cavalieri Filho, 2023; Diniz, 2023; Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

É possível perceber que embora o atual Código Civil tenha mantido a responsabilidade subjetiva, ampliou a responsabilidade objetiva, tão extensas e profundas são as cláusulas que a consagram, tais como: o abuso do direito (CC, art. 187), o exercício de atividade de risco ou perigosa (CC, art. 927, parágrafo único), danos causados por produtos (CC, art. 931), responsabilidade pelo fato de outrem (CC, art. 932 c/c art. 933), responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (CC, arts. 936 e 937), responsabilidade dos incapazes (CC, art. 928), responsabilidade pela queda de coisas de uma casa ou seu lançamento em lugar indevido (CC, art. 938), responsabilidade pelo pagamento de cheque falsificado por banco, responsabilidade por comportamentos da administração pública prejudiciais a direito de particular, responsabilidade por atos praticados no exercício de certos direitos (Cavalieri Filho, 2023; Diniz, 2023).

É certo afirmar que há no Brasil uma regra dual de responsabilidade civil, em que a responsabilidade subjetiva coexiste com a responsabilidade objetiva. Esta domina todas as relações entre o grupo e o indivíduo - Estado, empresas, fornecedores de produtos e serviços, enquanto a responsabilidade subjetiva parece estar se restringindo às relações interindividuais, só para pessoas físicas e os profissionais liberais (Cavalieri Filho, 2023; Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Em síntese, a responsabilidade subjetiva se fundamenta na presença de culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa, caso em que será necessário a prova da culpa do agente para que surja o dever de indenizar. Por sua vez, a responsabilidade objetiva se fundamenta na lei ou no risco, ou seja, é irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar (Diniz, 2023).

1.2.3 Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor

Em 1991 entrou em vigor no Brasil o Código de Defesa do Consumidor (CDC) instituído pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. O CDC causou uma revolução no instituto da responsabilidade civil ao tratar da responsabilidade nas relações de consumo. Esta responsabilidade está fundada no dever de segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado. O Código Consumerista equilibrou a relação entre fornecedores e consumidores, outorgando instrumentos de defesa idôneos à satisfação dos interesses dos consumidores, além de sancionar as práticas abusivas e impor a responsabilidade objetiva aos fornecedores de produtos e serviços (Cavalieri Filho, 2023; Diniz, 2023).

José Geraldo Brito Filomeno citado por Tartuce (2023, p. 553) justifica a responsabilidade objetiva prevista no Código Consumerista baseado:

> a) na produção em massa; b) na vulnerabilidade do consumidor; c) na insuficiência da responsabilidade subjetiva para resolver todas as demandas fundadas no consumo; d) na existência de antecedentes legislativos, ainda que limitados a certas atividades; e) no fato de que o fornecedor tem de responder pelos riscos que seus produtos acarretam, já que lucra com a venda.

O Código adotou expressamente a teoria do risco-proveito, que é aquela que gera a responsabilidade sem culpa, justamente por trazer benefícios, ganhos ou vantagens. Isto significa dizer que aquele que expõe ao risco outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação. Uma dessas consequências é justamente a responsabilidade objetiva e solidária dos envolvidos com a prestação ou fornecimento de produtos e serviços (Tartuce, 2023).

Trata-se de hipótese de responsabilidade independente de culpa, prevista expressamente em lei, nos moldes do que preceitua o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, que tem por objetivo facilitar a tutela dos direitos do consumidor em prol da reparação integral dos danos, o que constitui um aspecto material do acesso à justiça. Dessa forma, o consumidor não precisa comprovar o dolo ou a culpa do agente nas hipóteses de defeitos ou vícios dos produtos ou serviços, pois há uma inversão automática e legal do ônus da prova (Tartuce, 2023).

A responsabilidade objetiva está prevista expressamente no artigo 12, do Código Consumerista, dispositivo que trata da responsabilidade pelo fato do produto:

> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos (Brasil, 1990).

O dever de reparar, independentemente de culpa, consta também na previsão do fato do serviço, prevista no artigo 14, da Lei Consumerista: "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" (Brasil, 1990).

A exceção se dá em relação aos profissionais liberais que prestam serviços, uma vez que somente respondem mediante a prova de culpa, consagrando a sua responsabilidade subjetiva, conforme preceitua o artigo 14, § 4º, da Lei nº 8.078/1990: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa". Assim, a responsabilidade de advogados, dentistas e médicos, por exemplo, somente existe se provada a sua culpa em sentido amplo, isto é, o seu dolo - intenção de causar prejuízo, ou a sua culpa - imprudência, negligência ou imperícia na sua conduta (Brasil, 1990; Tartuce, 2023).

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor sempre ocorrerá quando se estiver diante de uma relação de consumo, qualquer que seja a área do direito onde vier a ocorrer. Relação de consumo é a relação jurídica contratual ou extracontratual, que tem de um lado o fornecedor de produtos e serviços e no outro o consumidor, tendo por objeto a circulação desses produtos e serviços (Cavalieri Filho, 2023).

O conceito de consumidor está disposto no artigo 2º do CDC, como sendo "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final"; enquanto o de fornecedor está previsto no artigo 3º:

> Art. 3° 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 (Brasil, 1990).

O conceito de produto está no artigo 3º, § 1º, do CDC: "Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial." Já o conceito de serviço está previsto no § 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". O Código só excluiu do conceito de serviço a atividade puramente gratuita (assistencial ou benemérita) e a decorrente de relação trabalhista (Brasil, 1990; Cavalieri Filho, 2023).

O CDC divide a responsabilidade do fornecedor em: 1) responsabilidade pelo fato do produto ou pelo fato do serviço (arts. 12 a 14), que compreende os defeitos de segurança, pois geram riscos ao consumidor ou à terceiro. Os acidentes de consumo se materializam através da repercussão externa do defeito do produto, atingindo a incolumidade físico-psíquica do

consumidor e o seu patrimônio. 2) responsabilidade por vício do produto ou por vício do serviço (arts. 18 a 20), que abrange os vícios por inadequação, pois causa apenas o mau funcionamento, má utilização ou má fruição do produto ou do serviço, comprometendo a sua prestabilidade (Cavalieri Filho, 2023).

Ambos decorrem de um defeito, só que no fato do produto ou do serviço o defeito é tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor, causando-lhe dano material, moral, ou ambos. Já o vício do produto ou do serviço é um defeito menos grave, delimitado ao produto ou serviço em si, um defeito que lhe é inerente ou intrínseco, e que não decorre de danos por ele causados (Cavalieri Filho, 2023).

Em síntese, o Código Consumerista transferiu os riscos de consumo do consumidor para o fornecedor e estabeleceu a responsabilidade objetiva para todos os casos de acidente de consumo, quer decorrentes do fato do produto, quer do fato do serviço. Assim, para quem se propõe fornecer produtos e serviços no mercado de consumo, o Código impõe o dever de segurança, de só fornecer produtos e serviços seguros, sob pena de responder independentemente de culpa pelos danos que causar ao consumidor (Cavalieri Filho, 2023).

O artigo 18 do CDC prevê dois tipos de vícios do produto: o vício de qualidade - que estabeleceu o dever jurídico para o fornecedor de só introduzir no mercado produtos inteiramente adequados ao consumo a que se destinam; e o vício de quantidade - que são aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária (Cavalieri Filho, 2023; Diniz, 2023).

Diferente do que ocorre na responsabilidade pelo fato do produto, no caso de vício do produto há responsabilidade solidária entre todos os fornecedores, inclusive o comerciante. O artigo 18 do CDC dispõe: “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor [...]”. No mesmo sentido o artigo 19 dispõe: “Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de qualidade do produto [...]”. Consequentemente, o consumidor pode exercer sua pretensão contra aquele que lhe for mais conveniente (Brasil, 1990; Cavalieri Filho, 2023).

Enquanto a responsabilidade pelo fato do produto visa a ampla reparação dos danos, a responsabilidade por vício do produto acarreta tão somente o ressarcimento segundo as alternativas previstas no artigo 18, § 1º, e artigo 19 do CDC (Cavalieri Filho, 2023; Diniz, 2023).

O artigo 20 do CDC disciplina a responsabilidade do fornecedor por vícios do serviço, que também podem ser de qualidade e de quantidade. Os de qualidade tornam o serviço

impróprio ao consumo ou lhe diminuem o valor. Serão impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atenderem às normas regulamentares de prestabilidade. Vícios de quantidade são aqueles que apresentam disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária. As medidas reparatórias para os vícios do serviço, à escolha do consumidor, também estão previstas no artigo 20, do CDC (Brasil, 1990; Cavalieri Filho, 2023; Diniz, 2023).

Por força do princípio da reparação integral dos danos patrimoniais e morais, consagrado artigo 6º, inciso VI, do CDC, o artigo 25 veda toda e qualquer cláusula de não indenizar, que reduza ou limite a indenização: "É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar [...]". Por sua vez, o artigo 51, inciso I, considera abusivas e, por isso, nulas de pleno direito, as estipulações contratuais que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos (Brasil, 1990; Cavalieri Filho, 2023).

1.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Do conceito de ato ilícito, previsto no artigo 186 do Código Civil, se extrai os elementos ou pressupostos da responsabilidade civil: a) conduta humana (comissiva ou omissiva), b) dano ou prejuízo, c) nexo de causalidade, d) culpa genérica, em sentido amplo. A conduta humana e a culpa são os elementos subjetivos, o nexo causal o elemento imaterial e o dano o elemento objetivo (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

No entanto, há quem não considere a culpa pressuposto geral da responsabilidade civil, baseado na existência da responsabilidade objetiva, que prescinde desse elemento para a sua configuração. Assim, a culpa é considerada por alguns doutrinadores como elemento acidental da responsabilidade civil (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

1.3.1 Conduta humana

O artigo 186 do Código Civil impõe a obrigação de indenizar a todo aquele que por ação ou omissão voluntária causar prejuízo a outrem. Assim, a conduta humana positiva ou negativa,

guiada pela vontade do agente, que resulta dano ou prejuízo à outrem, é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil (Brasil, 2002; Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

O núcleo fundamental da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz. Também na omissão a voluntariedade da conduta se faz presente. Não se pode reconhecer o elemento conduta humana, se ausente o elemento volitivo. Sem a voluntariedade não há que se falar em ação (ou omissão) e, portanto, em responsabilidade civil (Brasil, 2002; Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

A voluntariedade não se traduz necessariamente na intenção de causar o dano, mas sim na consciência daquilo que se faz. Ocorre não apenas diante de uma situação de responsabilidade subjetiva - baseada na noção de culpa, mas também de responsabilidade objetiva - baseada na ideia de risco, porque em ambos os casos o agente causador do dano deve agir voluntariamente, isto é, de acordo com a sua capacidade de autodeterminação (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Para Diniz (2023, p. 21), a conduta deverá ser:

> voluntária no sentido de ser controlável pela vontade à qual se imputa o fato, de forma que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta, em estado de inconsciência, sob o efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético, sonambulismo, ou por fatos invencíveis como tempestades, incêndios desencadeados por raios, naufrágios, terremotos, inundações.

A conduta é, portanto, o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação (positiva) ou omissão (negativa), produzindo consequências jurídicas. A ação humana se refere a prática de um comportamento ativo, positivo, isto é, a prática de um ato que não se deveria efetivar. É a forma mais comum de comportamento, porque, fora da esfera contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante (Diniz, 2023: Cavalieri Filho, 2023; Tartuce, 2023).

Já a omissão, forma menos comum de exteriorização da conduta, caracteriza-se pela inatividade geradora de dano. É a não observância de um dever de agir. É a abstenção de uma atividade que o omitente podia e devia realizar. Para a sua configuração, é necessário provar que o ato deveria ser praticado, ou seja, que existia um dever jurídico de evitar o dano, caracterizando uma omissão genérica. Além disso, para que o agente responda pelos danos causados, é preciso demonstrar a omissão em si ou omissão específica, ou seja, que a conduta esperada não foi praticada, pois caso fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado (Diniz, 2023; Cavalieri Filho, 2023; Tartuce, 2023).

Não se trata, portanto, de um simples não fazer, mas não fazer algo que, nas circunstâncias, era imposto ao omitente pelo direito e que lhe era possível submeter ao seu poder final de realização. A noção jurídica de omissão pressupõe a existência de norma que imponha a ação omitida, pois o direito impõe, algumas vezes, o dever de agir, casos em que, se omitindo, além de violar dever jurídico, pode-se deixar de impedir a ocorrência de um resultado. É mais comum no âmbito da inexecução das obrigações contratuais (Diniz, 2023; Cavalieri Filho, 2023).

A doutrina costuma apontar a ilicitude como aspecto necessário da ação humana voluntária. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever. Como a responsabilidade civil atribui as consequências danosas da conduta ao agente infrator, resta claro que para a sua caracterização e para que haja a imposição do dever de indenizar, a atuação lesiva do agente infrator deva ser contrária ao direito, ilícita ou antijurídica. É justamente por esse motivo que a base da responsabilidade civil é o ato ilícito (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

No entanto, a imposição do dever de reparar os danos poderá existir mesmo quando o sujeito atua licitamente, amparado pelo direito, ainda que maneira excepcional, por força de lei. Por isso não se pode afirmar que a ilicitude necessariamente acompanha a conduta humana danosa ensejadora do dever de reparação. Exemplos de obrigação legal de reparação por ato lícito são os motivo de interesse público, como a indenização devida por expropriação e, os motivo de interesse privado, como o ato praticado em estado de necessidade (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Segundo Diniz (2023, p. 20):

> Ter-se-á ato ilícito se a ação contrariar dever geral previsto no ordenamento jurídico, integrando-se na seara da responsabilidade extracontratual (CC, arts. 186 e 927) e, se ela não cumprir obrigação assumida, caso em que se configura a responsabilidade contratual (CC, art. 389). Mas o dever de reparar pode deslocar-se para aquele que procede de acordo com a lei, hipótese em que se desvincula o ressarcimento do dano da ideia de culpa, deslocando a responsabilidade nela fundada para o risco.

Assim, para Diniz (2023, p. 21), a ação é "o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado". A indenização é consequência de uma ação ou omissão do agente que infringe um dever legal, contratual ou social.

Em regra, só responde pelo fato aquele que lhe dá causa, por conduta própria. Trata-se da responsabilidade direta, por fato próprio. No entanto, a lei, algumas vezes faz emergir a responsabilidade do fato de outrem ou de terceiro, a quem o responsável está ligado, de algum

modo, por um dever de guarda, vigilância e cuidado. Trata-se da responsabilidade civil indireta (Diniz, 2023; Cavalieri Filho, 2023).

Nos termos do artigo 932 do Código Civil, os pais respondem pelos atos dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; o tutor e o curador, pelos tutelados e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; o empregador, por seus empregados; os donos de hotéis. Pode, ainda, alguém ser responsabilizado por dano causado por animal (CC, art. 936) ou coisa (CC, arts. 937 e 938) que estava sob sua guarda, ou mesmo por um produto colocado no mercado de consumo (CDC, arts. 12, 13, 14, 18 e 19) (Brasil, 2002; Cavalieri Filho, 2023; Diniz, 2023; Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Poder-se-ia argumentar que nesses casos inexistiria a conduta voluntária do agente, no entanto, em tais situações, ocorrem omissões ligadas a deveres jurídicos de custódia, vigilância ou má eleição de representantes, cuja responsabilização é imposta por norma legal. Em última análise, essas pessoas não respondem por fato de outrem, mas pelo fato próprio da omissão (Cavalieri Filho, 2023; Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

1.3.2 Dano

Para a configuração da responsabilidade civil é indispensável a existência de dano, pois não há ação de indenização sem a existência de um prejuízo, um dano a reparar. Seja qual for a espécie de responsabilidade - contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva, o dano é requisito indispensável para a sua configuração. Sem a ocorrência deste elemento não haveria o que indenizar, e, consequentemente, responsabilidade (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Cavalieri Filho (2023, p. 93) afirma:

> O dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. [...] Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito ou sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse.

Dano ou prejuízo podem ser conceituados como a lesão a um bem juridicamente tutelado - patrimonial ou moral, causado pela conduta do sujeito infrator. O dano patrimonial compreende o dano emergente e o lucro cessante, ou seja, a efetiva diminuição no patrimônio da vítima e o que ela deixou de ganhar. No entanto, “o prejuízo indenizável poderá decorrer não só da violação do patrimônio economicamente aferível, mas também da vulneração de

direitos inatos à condição de homem, sem expressão pecuniária essencial" (Diniz, 2023, p. 31; Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Nesse sentido, Diniz (2023, p. 29) afirma que:

> há danos cujo conteúdo não é dinheiro, nem uma coisa comercialmente redutível a dinheiro, mas a lesão a um direito da personalidade, visto que não se podem avaliar a dor, a emoção, a afronta, a aflição física ou moral, ou melhor, a sensação dolorosa experimentada pela pessoa. O dano moral que se traduz em ressarcimento pecuniário não afeta, a priori, valores econômicos, embora possa vir a repercutir neles.

Conforme Enunciado n. 456 do Conselho da Justiça Federal (2012, p. 67): "A expressão 'dano' no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas".

Diniz (2023), aponta alguns requisitos para a ocorrência do dano indenizável:

a) diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa. Prejuízos são danos reais causados pelo fato lesivo. Quanto à pessoa lesada, pode-se falar em vítima direta - a própria pessoa lesada, e vítima indireta - pessoa da família (CC, art. 12, parágrafo único) ou, excepcionalmente, terceiros;

b) efetividade ou certeza do dano. O dano deve ser certo, real e efetivo. Pode ser atual ou futuro, isto é, potencial, desde que seja consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação. A lesão não poderá ser hipotética ou abstrata;

c) causalidade - relação entre a falta e o prejuízo causado pelo lesante. O dano poderá ser direto - que é aquele que causa imediatamente um prejuízo no patrimônio da vítima; ou indireto – que é aquele que atinge interesses jurídicos extrapatrimoniais do lesado, como os direitos da personalidade, causando, de forma mediata, perdas patrimoniais. O dano indireto é o que decorre de fatos supervenientes que agravam o prejuízo diretamente suportado. É o dano por mero reflexo;

d) subsistência do dano no momento da reclamação do lesado, pois se o dano já foi reparado pelo responsável, o prejuízo é insubsistente; se terceiro reparou o dano, ficará sub-rogado no direito do prejudicado;

e) legitimidade, pois a vítima, para que possa pleitear a reparação, precisa ser titular do direito atingido. Os titulares poderão ser os lesados ou os seus beneficiários;

f) ausência de causas excludentes de responsabilidade, porque podem ocorrer danos que não resultem dever ressarcitório, como os causados por caso fortuito, força maior, ou culpa exclusiva da vítima.

Há casos em que a presunção absoluta de dano dispensa a alegação do prejuízo. Hipótese clássica de dano presumido é a mora nas obrigações pecuniárias, em que o credor, ainda que não alegue prejuízo, terá direito à indenização aos juros moratórios (CC, arts. 404 e 407). Da mesma forma, para se exigir a cláusula penal, não será preciso que o credor alegue o dano (CC, art. 416), entre outros (Diniz, 2023).

Conforme Diniz (2023, p. 31) "Em toda obrigação ressarcitória o indenizante deverá procurar um estado de coisas que se aproxime da situação frustrada, isto é, a que existiria se não tivesse ocorrido o dano". Assim, a reparação do dano poderá ocorrer: pela reparação natural, isto é, restauração do *status quo*, que poderá consistir na entrega da própria coisa; ou pela indenização pecuniária quando for impossível restabelecer a situação anterior ao fato lesivo.

Sendo a reparação do dano uma sanção imposta ao responsável pelo prejuízo em favor da vítima, em regra, todos os danos devem ser ressarcidos, assim, mesmo que não seja possível o retorno ao *status quo ante*, sempre se poderá fixar uma importância pecuniária, a título de compensação (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

1.3.2.1 Dano material ou patrimonial

Segundo Diniz (2023, p. 31):

> O patrimônio é uma universalidade jurídica formada pelo conjunto de bens de uma pessoa, sendo, portanto, um dos atributos da personalidade e como tal, intangível. [...] O dano patrimonial é a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Constituem danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa a sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios.

O dano patrimonial se mede pela diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que ela teria, no mesmo momento, se não houvesse o prejuízo. Ou seja, corresponde a perda de um valor patrimonial, pecuniariamente determinado. É avaliado em dinheiro e aferido pelo critério diferencial. Mas se for possível a restituição ao *status quo ante* por meio de uma reconstituição natural, não será necessário a realização de tal cálculo (Diniz, 2023).

Como primeira modalidade de dano material, há os danos emergentes ou danos positivos (*damnum emergens*), constituídos pela efetiva diminuição do patrimônio da vítima, ou seja, o que efetivamente se perdeu, conforme dispõe o artigo 403 do Código Civil: "Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os

lucros cessantes por efeito dela direto e imediato [...]". Os danos emergentes visam à recomposição patrimonial da vítima pelos prejuízos que efetivamente sofreu, sendo certo que a indenização deverá ser suficiente para a sua restituição integral (Brasil, 2002; Tartuce, 2023).

Além dos danos emergentes, tem-se também os lucros cessantes ou danos negativos, que são os valores que o prejudicado deixa de receber, de auferir, isto é, uma frustração de lucro, o que razoavelmente se deixou de lucrar, em razão do prejuízo que lhe foi causado. O instituto consta expressamente no artigo 402 do Código Civil, ao dispor que "as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar" (Brasil, 2002; Tartuce, 2023).

Outros três comandos da codificação material fazem menção aos lucros cessantes: nos casos de lesão ou outra ofensa à saúde (CC, art. 949), no que diz respeito à perda de capacidade laborativa (CC, art. 950), nos casos da perda de um objeto de estima (CC, art. 952). Ao se admitir a indenização por lucro cessante, procurar-se-á ainda, em razão de um juízo de probabilidade, averiguar a perda de chance ou de oportunidade, de acordo com o normal desencadear dos fatos (Tartuce, 2023; Diniz, 2023).

A perda da chance é a frustração da probabilidade de obtenção de um benefício na esfera jurídica de quem foi lesado, moral ou patrimonialmente. Trata-se de um tipo de dano indenizável pela perda de uma oportunidade de alcançar uma vantagem futura. A perda da chance é um dano real indenizável quando se puder calcular o grau de probabilidade de sua concretização ou da cessação do prejuízo (Diniz, 2023).

Antunes Varela citado por Diniz (2023, p. 33) ensina que:

> O dano emergente consiste no prejuízo causado em direitos já existentes na titularidade da vítima por ocasião do evento lesivo, e o lucro cessante abrange os danos alusivos a direitos ainda não pertencentes ao lesado a essa data. [...] A reparação do dano abrangerá, então, a restauração do que o credor perdeu e a composição do que deixou de ganhar, apuradas segundo um juízo de probabilidade, atendo-se o juiz, ao fixar o *quantum*, ao tempo de julgamento, ao lugar da estimação, que será aquele em que o pagamento teria de efetuar-se, e à pessoa do lesado, principalmente sua situação patrimonial, para poder estabelecer a repercussão que teve sobre ela a inexecução da obrigação.

A compensação devida à vítima só deverá incluir os danos emergentes e os lucros cessantes diretos e imediatos, isto é, se indeniza apenas o prejuízo que decorra diretamente da conduta ilícita do agente, excluindo-se os danos remotos (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

1.3.2.2 Dano moral ou extrapatrimonial

Um dos aspectos positivos do Código Civil de 2002 é o reconhecimento expresso da reparabilidade dos danos morais (CC, art. 186), embora a questão já estivesse pacificada pelo texto constitucional desde 1988, que consagrou em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal deu ao dano moral uma nova dimensão, visto que a dignidade humana é a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos (Cavalieri Filho, 2023).

O dano moral pode ser concebido em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade. Qualquer agressão à dignidade pessoal constitui dano moral e é por isso indenizável. Em sentido amplo, dano moral é violação de algum direito ou atributo da personalidade. A personalidade é o conjunto de atributos da pessoa humana e é através dela que se pode adquirir e defender os demais bens. Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana desde o nascimento até a morte, constituindo assim, a sua essência (Cavalieri Filho, 2023).

O dano moral caracteriza-se, portanto, como a lesão de interesses não patrimoniais provocada pelo fato lesivo. É o dano que lesiona a esfera personalíssima da pessoa, isto é, os seus direitos da personalidade - o direito à vida, à integridade física, à integridade psíquica e à integridade moral. O dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois isso constitui a consequência do dano (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

O dano moral direto consiste na lesão específica a um interesse extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Abrange também, a lesão à dignidade da pessoa humana. Por sua vez, o dano moral indireto consiste na lesão específica a um bem ou interesse de natureza patrimonial, mas que, de modo reflexo, produz um prejuízo na esfera extrapatrimonial da vítima (Diniz, 2023).

Importante diferenciar o dano moral indireto do dano moral em ricochete ou dano reflexo. No dano moral indireto, tem-se uma violação a um direito da personalidade de uma pessoa, em função de um dano material por ele mesmo sofrido; no dano moral em ricochete ou reflexo, tem-se um dano moral sofrido por uma pessoa, em função de um dano material ou moral de que foi vítima um outro sujeito, ligado a ele (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Não se paga a dor sofrida, por ser esta inindenizável. Em razão de sua natureza imaterial, o dano moral é insuscetível de avaliação pecuniária. Seria imoral que tal sentimento pudesse ser tarifado em dinheiro, de modo que a prestação pecuniária teria uma função meramente satisfatória, procurando tão somente suavizar certos males, não por sua própria natureza, mas pelas vantagens que o dinheiro poderá proporcionar, compensando até certo ponto o dano que lhe foi injustamente causado (Cavalieri Filho, 2023; Diniz, 2023).

Segundo Cavalieri Filho (2023, p. 108):

> O ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* da ofensa causada, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, a ofensa moral sofrida pelo ofendido. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências da ofensa moral.

A maneira como o agente deverá reparar o dano moral é de competência jurisdicional, que deverá basear-se em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender: culpa ou dolo) e objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa). Assim, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa (Diniz, 2023).

Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá não só atender-se ao princípio da razoabilidade, como também ser feito com bom-senso e moderação (CC, art. 944). A avaliação do *quantum* não pode ser um simples cálculo matemático, havendo necessidade de o juiz seguir um critério justo e equânime na sua estipulação (Diniz, 2023).

Para Cavalieri Filho (2023, p. 109):

> Só deve ser reputado como dano moral a agressão a um bem ou atributo da personalidade que cause dor, vexame, sofrimento ou humilhação; que fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Importante, por fim, salientar que a reparação do dano patrimonial não exclui ou substitui a indenização pelos danos morais e vice-versa, mesmo que decorram do mesmo fato, porque este mesmo fato pode gerar diversas consequências lesivas, tanto no patrimônio materializado do indivíduo quanto na sua esfera extrapatrimonial de interesses. Assim, conforme Súmula n. 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (Brasil, 1992; Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

1.3.2.3 Dano estético

Forte controvérsia travou-se na doutrina e na jurisprudência quanto ao dano estético ser uma terceira espécie de dano - além do dano material e do dano moral, ou se apenas um aspecto deste último. Prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o dano estético é distinto do dano moral, correspondendo o dano estético a uma alteração morfológica de formação corporal que agride à visão, causando desagrado e repulsa; e o dano moral, ao sofrimento mental - dor da alma, aflição e angústia a que a vítima é submetida. Um é visível, porque concretizado na deformidade; o outro é de ordem psíquica, pertence ao foro íntimo da pessoa (Cavalieri Filho, 2023).

Importante salientar que foram utilizadas duas premissas para diferenciar o dano estético do dano moral: a primeira é que haveria uma lesão a mais à pessoa humana; a segunda é a presença de um dano à imagem que, pelo texto constitucional, tem menção separada do dano moral. Dispõe o artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" (Brasil, 1988; Tartuce, 2023).

A autonomia do dano estético foi consagrada pela Súmula n. 387 do Supremo Tribunal de Justiça, *in verbis*: "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral". No código Civil, é possível identificá-lo na última parte do artigo 949: "[...] além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido" (Brasil, 2002; 2009).

Segundo Tartuce (2023, p. 418) tais danos ocorrem "quando a pessoa sofre feridas, cicatrizes, cortes superficiais ou profundos em sua pele, queimaduras, deformações, lesão ou perda de órgãos internos ou externos do corpo, aleijões, amputações, entre outras anomalias que atingem a dignidade humana". Esses danos serão presumidos (*in re ipsa*).

Diniz (2023, p. 37) preceitua que:

> O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa. P. ex.: mutilações (ausência de membros, orelhas, nariz etc.); cicatrizes, mesmo acobertáveis pela barba ou cabeleira ou pela maquilagem; perda de cabelos, das sobrancelhas, dos cílios, dos dentes, da voz, dos olhos; feridas nauseabundas ou repulsivas etc., em consequência do evento lesivo.

A lesão estética pode determinar para o indivíduo dano moral e patrimonial. O dano estético quase sempre resulta num prejuízo moral ao lesado, não só pelas dores físicas que vier a sofrer, mas também por se sentir atingido na sua integridade física, tendo, por isso, direito a

uma reparação. A lesão estética também pode determinar prejuízo material, repercutindo nas possibilidades econômicas da vítima. Logo, o dano estético determina danos de natureza econômica, hipótese em que se terá o dano patrimonial indireto (Diniz, 2023).

Assim, como a deformidade pode acarretar para a vítima tanto dano patrimonial quanto dano moral é possível a cumulação de tais reparações com indenizações por danos estéticos. O corpo humano, ao lado do valor moral que representa, pode originar um valor econômico que deva ser indenizado. Portanto, a integridade física é um bem suscetível de apreciação pecuniária, de modo que sua perda deverá ser reparada (Cavalieri Filho, 2023; Diniz, 2023).

A lesão ao corpo, em regra, repara-se pela cura, de forma que o modo de ressarcir previsto no artigo 949 do Código Civil é indireto, por estabelecer dever de indenizar a vítima pelos danos emergentes, ou seja, pelas despesas com o tratamento - honorários médicos, medicamentos, exames clínicos e de imagem, aparelhos ortopédicos, cirurgias; e de recompor o seu patrimônio pelo pagamento de lucros cessantes - rendimentos que deixou de ter pelo não exercício de suas atividades, até o final da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido (Brasil, 2002; Diniz, 2023).

O artigo 950 do Código Civil preceitua:

> Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu (Brasil, 2002).

É fundamental, no entanto, que não se possibilite à vítima converter essa verba em enriquecimento indevido.

Resta saber se será possível novas adjetivações de danos - existenciais, psicológicos, sexuais ou de outra natureza, ou se a admissão da tricotomia dano material/moral/estético é realmente o ponto final na saga da reparabilidade de danos no direito brasileiro (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

1.3.3 Nexo de causalidade

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o ato ilícito e o dano por ele produzido. O nexo de causalidade é o elemento imaterial da responsabilidade civil, podendo ser definido como a relação de causa e efeito existente entre a conduta do agente e o dano causado. Se houver dano sem que a sua causa esteja relacionada

com o comportamento do ofensor, inexiste a relação de causalidade, e não haverá a obrigação de indenizar (Cavalieri Filho, 2023; Tartuce, 2023).

O nexo causal é a primeira questão a ser enfrentada na solução de qualquer caso envolvendo responsabilidade civil. Antes de decidir se o agente agiu ou não com culpa, se tem ou não que responder por algum prejuízo, é preciso apurar se ele deu causa ao evento danoso. Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; nem que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente e que exista entre eles uma necessária relação de causa e efeito. Ou seja, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pelo lesado seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexo causal (Cavalieri Filho, 2023).

Segundo Diniz (2023, p. 47):

> Não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência. O dano poderá ter efeito indireto, mas isso não impede que seja, concomitantemente, um efeito necessário da ação que o provocou.

O nexo causal também tem por função estabelecer o limite da obrigação de indenizar. Sendo o nexo de causalidade um dos pressupostos da responsabilidade civil, ele deverá ser provado, sendo que o *onus probandi* caberá ao autor da demanda. Não haverá nexo de causalidade se houver interferência de terceiros, da vítima, de força maior ou de caso fortuito (Diniz, 2023).

1.3.3.1 Teoria da equivalência das condições

Pela teoria da equivalência das condições, do histórico dos antecedentes, teoria objetiva da causalidade ou teoria *sine qua non*, todos os fatos relativos ao evento danoso, sejam diretos ou indiretos, geram a responsabilidade civil, o que em muito amplia o nexo de causalidade, podendo levar a sua investigação ao infinito (Gagliano; Pamplona Filho, 2023; Tartuce, 2023).

Esta teoria não diferencia os antecedentes do resultado danoso, de forma que tudo aquilo que concorra para o evento, será considerado causa. Por isso o termo “equivalência de condições”, pois caso tenham relação com o resultado, todos os fatores causais se equivalem. Trata-se de uma teoria de amplo espectro, por considerar elemento causal todo o antecedente

que tenha participado da cadeia de fatos que desencadearam no dano (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

É a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro, segundo a interpretação dada pela doutrina ao artigo 13, §1º: "A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou". No entanto, não foi a teoria adotada no Brasil para os fins de responsabilidade civil, pois se assim o fosse, todos os fatos correlatos gerariam o dever de indenizar, não se admitindo sequer as excludentes de ilicitude ou de nexo de causalidade (Brasil, 1940; Gagliano; Pamplona Filho, 2023; Tartuce, 2023).

Um dos limites para a responsabilidade civil que pode ser mencionado para o afastamento dessa teoria é a exclusão da configuração da ilicitude prevista no artigo 188 do Código Civil: "Não constituem atos ilícitos: I. os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II. a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente". Se essa teoria tivesse sido aceita, também nesses casos haveria o dever de indenizar do agente (Brasil, 2002; Tartuce, 2023).

1.3.3.2 Teoria da causalidade adequada

Dentre as teorias que individualizam ou qualificam as condições, essa é a que mais se destaca, por considerar a causa o antecedente não só necessário, mas também, adequado à produção do resultado. Assim, se várias condições concorreram para um resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do evento danoso, desconsiderando-se as demais (Cavalieri Filho, 2023).

Na causalidade adequada, a palavra-chave é adequação. Causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento. A condição deixará de ser causa sempre que, segundo a natureza geral, era indiferente para a produção do dano e só se tornou condição dele em virtude de outras circunstâncias extraordinárias, sendo, portanto, inadequada para produzi-lo. A solução terá que ser encontrada em cada caso, atentando-se para a realidade fática, com bom senso e ponderação (Cavalieri Filho, 2023).

Para aferir a responsabilidade civil, deverá o julgador, retrocedendo ao momento da conduta (ação ou omissão), colocar-se no lugar do agente e, com base no conhecimento das leis da natureza, bem como nas condições particulares em que se encontrava o agente, emitir seu

juízo sobre a idoneidade de cada condição, a fim de estabelecer se era ou não idônea para produzir o dano. Deverá ser reputada como causa somente a circunstância que, abstratamente considerada, teve idoneidade suficiente para determinar o evento (Cavalieri Filho, 2023).

De acordo com Cavalieri Filho (2023, p. 63):

> Este é o elemento essencial e verdadeiramente específico da teoria da causa adequada: idoneidade geral ou abstrata, adequação de um fato daquela ordem para produzir um prejuízo daquela ordem. Não basta que o fato tenha condicionado o resultado, no sentido de que o fato tenha sido uma condição sem a qual o resultado em espécie não teria ocorrido. É preciso que a ação, no momento que se pratica, se apresente como idônea para determiná-lo, que tenha probabilidade de provocar o resultado.

Assim, para se estabelecer a causa de um dano é preciso fazer um juízo de probabilidades. Se a ação ou omissão era adequada a produzir o dano, então, será objetivamente imputável ao agente. "O juízo de probabilidades ou previsibilidade das consequências é feito pelo juiz, retrospectivamente, e em atenção ao que era cognoscível pelo agente, como exemplar do tipo do homem médio" (Cavalieri Filho, 2023, p. 64).

Em resumo, somente os fatos relevantes para o evento danoso geram a responsabilidade civil e o consequente dever de reparar. Essa teoria apresenta o inconveniente de admitir um acentuado grau de discricionariedade do julgador, a quem incumbe avaliar, no plano abstrato, e segundo o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente, causa do resultado danoso (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

1.3.3.3 Teoria do dano direto e imediato

Para essa teoria, também denominada teoria da interrupção do nexo causal, "somente devem ser reparados os danos que decorrem de efeitos necessários da conduta do agente, admitindo-se que atos alheios, de terceiros ou da própria vítima obstem o nexo de causalidade" (Gagliano; Pamplona Filho, 2023; Tartuce, 2023, p. 281).

Essa foi a teoria adotada pelo artigo 403 do Código Civil: "[...] as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato [...]", e muitos são os doutrinadores que sustentam a sua aplicação tanto aos casos de responsabilidade contratual quanto extracontratual, apesar de o dispositivo mencionado estar inserido no título do inadimplemento das obrigações (Brasil, 2002; Tartuce, 2023).

A teoria vem sendo abrandada pelos seus partidários, que adotam a subteoria da causa necessária ou da necessariedade causal, na qual se entende as expressões dano direto e imediato de forma substancial, como reveladoras de um liame de necessariedade (e não de simples

proximidade) entre causa e efeito. Haverá, assim, o dever de reparar quando o evento danoso for efeito necessário de determinada causa. Justifica-se o surgimento dessa variante, pois tem-se admitido a reparação de danos indiretos - que são os danos reflexos ou em ricochete (Tartuce, 2023).

Há uma pequena e sutil diferença entre a teoria da causalidade adequada e a do dano direto e imediato. Enquanto a teoria do dano direto e imediato está relacionada com as exclusões totais de responsabilidade, isto é, com a obstação do nexo causal, e por isso, voltada a beneficiar o agente causador do dano; a teoria da causalidade adequada se relaciona melhor com a concausalidade, ou seja, com as contribuições de fatos para o evento danoso, preocupando-se mais com a vítima, o que está melhor sintonizado com as funções sancionatória e preventiva da responsabilidade civil (Tartuce, 2023).

1.3.3.4 Teoria adotada pelo Código Civil brasileiro

Há divergência doutrinária a respeito da teoria adotada no Código Civil quanto ao nexo de causalidade. Grande parte da doutrina centraliza o debate nas três teorias mencionadas. A teoria da equivalência das condições é citada apenas para ser descartada, demonstrando-se os perigos decorrentes de uma ampliação excessiva do nexo causal. Sendo assim, a essência do debate fica entre a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato (Tartuce, 2023).

Gagliano e Pamplona Filho (2023) afirmam que o Código Civil adotou a teoria da causalidade direta ou imediata, na vertente da causalidade necessária, conclusão a que chegam devido a análise do artigo 403. Porém, Cavalieri Filho (2023) afirma que os melhores autores sustentam que enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a que prevalece na esfera civil. Também para Tartuce (2023) parece prevalecer a teoria da causalidade adequada, especialmente no âmbito da atual composição do Superior Tribunal de Justiça.

A teoria da causalidade adequada é, portanto, a que vem prevalecendo na interpretação prática que se tem dado ao sistema de responsabilidade civil brasileiro. Logo, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes, mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente

concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva (Cavalieri Filho, 2023).

1.3.4 Culpa

Há quem não considere a culpa (em sentido *lato*, abrangente do dolo) pressuposto geral da responsabilidade civil, baseado na existência da responsabilidade objetiva, que prescinde desse elemento para a sua configuração. Assim, para alguns doutrinadores, a culpa é considerada como elemento acidental da responsabilidade civil. No entanto, ainda prevalece no ordenamento jurídico brasileiro o entendimento de que a culpa em sentido amplo ou genérico é elemento essencial da responsabilidade civil, tratada pela codificação material (Gagliano; Pamplona Filho, 2023; Tartuce, 2023).

Assim, constitui regra geral do Direito Civil brasileiro a adoção da teoria da culpa, segundo a qual haverá obrigação de indenizar somente se houver culpa genérica do agente, sendo que o ônus de provar a sua existência cabe, em regra, ao autor da demanda. Isso significa dizer que não há responsabilidade sem culpa, exceto disposição legal expressa, caso em que se terá a responsabilidade objetiva (Diniz, 2023; Tartuce, 2023).

Para Gagliano e Pamplona Filho (2023, p. 80), "a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a atuação é apenas culposa, em sentido estrito".

Diniz (2023) afirma que a culpa *lato sensu*, como violação de um dever jurídico imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende o dolo - que é a vontade consciente, ou seja, a violação intencional do dever jurídico, dirigida à consecução do fim ilícito; e a culpa em sentido estrito - caracterizada pela imprudência, negligência ou imperícia, sem qualquer deliberação de violar um dever.

A culpa em sentido amplo indica o elemento subjetivo da conduta humana, o aspecto intrínseco do comportamento, a questão mais relevante da responsabilidade subjetiva. A manifestação externa de um fato contrário ao dever jurídico deve corresponder a um ato interno de vontade. Só não constituem conduta os atos em que não há vontade, "como os atos reflexos, os casos de sonambulismo, hipnose e outros estados de inconsciência. O mesmo ocorrerá no caso da coação física absoluta (irresistível), quando o ato não será do coato, mas de quem dele se serviu como instrumento" (Cavalieri Filho, 2023, p. 42).

Portanto, tanto no dolo quanto na culpa há conduta voluntária do agente. No dolo, a conduta nasce ilícita, porque a vontade do agente se dirige à concretização de um resultado antijurídico, sendo que o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante. Na culpa, a conduta nasce lícita, pois é dirigida a um fim legítimo, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. "O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado" (Cavalieri Filho, 2023, p. 43).

> No dolo o agente quer a ação e o resultado, ou, pelo menos, assume o risco de produzi-lo. O agente que age dolosamente sabe ser ilícito o resultado que intenciona alcançar (representação) ou assume o risco de produzi-lo (anuência) com sua conduta. Está consciente de que age de forma contrária ao dever jurídico, embora lhe seja possível agir de forma diferente. Na culpa o agente só quer a ação, vindo a atingir o resultado lesivo por desvio de conduta decorrente da falta de cuidado, atenção, diligência ou cautela a serem observados em cada caso e nas mais variadas situações. A conduta é voluntária, mas o resultado é involuntário; o agente quer a conduta, não, porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito, nem assume o risco de produzi-lo (Cavalieri Filho, 2023, p. 44).

Há no dolo conduta intencional, trata-se da vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito. A culpa, por sua vez, é a violação do dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, a omissão de diligência exigível. A dificuldade da teoria da culpa está na caracterização precisa da infração desse dever ou diligência, que nem sempre coincide com a violação da lei (Cavalieri Filho, 2023).

Diante disso, decorre a impossibilidade de se equiparar a culpa ao dolo em sede de responsabilidade civil. Por mais grave que seja a culpa, mesmo que o resultado seja previsto, o agente jamais poderá querer ou assumir o risco de produzi-lo. Caso contrário, não será caso de culpa, mas sim de dolo (Cavalieri Filho, 2023).

A culpa em sentido estrito, por sua vez, está relacionada a imprudência, a negligência e a imperícia. A imprudência é uma falta de cuidado somada a uma ação, ou seja, é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela. Se caracteriza quando o agente culpado resolve enfrentar desnecessariamente o perigo, atuando contra as regras básicas de cautela. A negligência é uma falta de observância do dever de cuidado somada a uma omissão, isto é, trata-se da inobservância de normas que ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. Por fim, a imperícia pode ser definida como a falta de qualificação geral para desempenho de uma função ou atribuição, é a falta de habilidade específica ou inaptidão para a realização de uma atividade técnica ou científica (Diniz, 2023; Gagliano; Pamplona Filho, 2023; Tartuce, 2023).

Apesar da ausência de menção à imperícia no artigo 186 do Código Civil, é clara a intenção do legislador em diferenciar os três conceitos, o que o faz no artigo 951, dispositivo

que trata da responsabilidade civil dos profissionais da área de saúde: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho” (Brasil, 2002; Tartuce, 2023).

O núcleo da conduta culposa, portanto, consiste na divergência entre a ação efetivamente praticada e a que deveria ter sido realizada em virtude da observância do dever de cuidado, isto é, trata-se da violação de uma norma de conduta por falta de cuidado - geral, quando contida na lei; particular, quando consignada no contrato. Há na culpa, em última instância, um erro de conduta; uma conduta mal dirigida a um fim lícito (Cavalieri Filho, 2023).

A responsabilidade civil subjetiva ou mediante culpa continua sendo a regra geral do sistema jurídico nacional. A essa conclusão se chega pela interpretação do artigo 186 do Código Civil, que adotou o modelo culposo para a configuração do ato ilícito civil, e pela leitura do artigo 927, que, ao mencionar a responsabilidade civil e o dever de reparar o dano, faz referência à ideia de ilicitude (Brasil, 2002; Tartuce, 2023).

Na responsabilidade contratual, o modelo subjetivo foi adotado expressamente pelo artigo 392 do Código Civil: “Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei” (Brasil, 2002; Tartuce, 2023).

A tendência é a de que a culpa passe a ser figurante e de que a responsabilidade objetiva seja a regra. No entanto, isso demanda uma alteração estrutural e funcional do Código Civil brasileiro, que adotou a responsabilidade subjetiva como regra e a objetiva como exceção. O que consta da codificação nacional não está de acordo com a realidade fática, pois a culpa é hoje, coadjuvante, uma vez que o dano assumiu o papel principal na responsabilidade civil contemporânea (Tartuce, 2023).

1.3.4.1 Elementos da culpa

Para Gagliano e Pamplona Filho (2023), a culpa em sentido amplo compõe-se dos seguintes elementos:

a) voluntariedade do comportamento do agente - para o reconhecimento da culpabilidade, a atuação do sujeito deve ser voluntária. Se houver vontade direcionada

à consecução do resultado, a situação reveste-se de maior gravidade, caracterizando o dolo;

b) previsibilidade - só se pode caracterizar a culpa se o prejuízo causado era previsível. Será necessário que determinado acontecimento, concretamente considerado, pudesse ter sido previsto pelo agente, e consequentemente evitado, mas não o foi por falta de cuidado. Saindo do campo da previsibilidade, ingressa-se na seara do fortuito que pode interferir no nexo de causalidade, eximindo o agente da obrigação de indenizar;

c) violação de um dever de cuidado - falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção. Se esta inobservância é intencional, tem-se o dolo.

Para Tartuce (2023), a culpa em sentido estrito possui dois elementos:

a) um elemento objetivo - a violação de um dever (previsto na lei, no contrato ou num padrão geral de conduta) e o consequente desrespeito a um direito alheio, sem que o agente tenha a vontade posicionada no sentido da realização do dano;

b) um elemento subjetivo - a previsibilidade de impossibilidade de praticar o ato, consciente ou até inconsciente, isto é, a imputabilidade.

René Savatier citado por Diniz (2023, p. 22) define a culpa como:

> a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Pressupõe, portanto, um dever violado (elemento objetivo) e a imputabilidade do agente (elemento subjetivo). A imputabilidade abrange a possibilidade, para o agente, de conhecer e de observar o dever, pois para que alguém pratique ato ilícito e responda pela reparação do dano que causou será necessário que tenha capacidade de discernimento, de modo que aquele que não puder ter vontade própria ou for desprovido de entendimento não incorrerá em culpa, por ter inidoneidade para praticar ato ilícito. Para que haja dever de ressarcir prejuízo, será preciso que o fato gerador possa ser imputável ao seu autor, isto é, que seja oriundo de sua atividade consciente. Logo, para haver responsabilidade, será imprescindível a prática ou ocorrência de um ato dominável ou controlável pela vontade do imputado.

Muitos doutrinadores retiraram do conceito de culpa esse elemento subjetivo, havendo na sua configuração o mero desrespeito a um dever jurídico. Assim, a culpa em sentido amplo pode ser definida como a lesão imputável do direito de terceiro, ou qualquer fato ou violação de um dever jurídico. Em sentido estrito, a culpa é apenas um erro de conduta, um desvio da normalidade do agir ou abster-se. Amplia-se, assim, a objetivação da culpa, da culpa normativa ou da culpa objetiva, abandonando-se questões subjetivas como a intenção expressa ou implícita de agir com imprudência, negligência ou imperícia (Tartuce, 2023).

1.3.4.2 Graus de culpa

Diniz (2023), Cavalieri Filho (2023), Gagliano e Pamplona Filho (2023), Tartuce (2023) afirmam que a doutrina costuma classificar a culpa da seguinte forma:

> a) culpa grave - a culpa será grave quando, dolosamente, houver negligência extrema do agente, não prevendo aquilo que é previsível ao comum dos homens. O agente não queria o resultado, mas agiu com tamanha culpa de forma que parecia que o quisesse;
>
> b) culpa leve - é a falta de diligência média que um homem normal observa em sua conduta. Ocorrerá quando a lesão de direito puder ser evitada com atenção ordinária, normalmente devida, ou adoção de diligências próprias de um *bonus pater famílias*;
>
> c) culpa levíssima - trata-se da falta cometida por uma conduta que escaparia ao padrão médio, situação em que o fato só teria sido evitado mediante o emprego de cautelas extraordinárias ou de especial habilidade e conhecimento singular.

A gravidade da culpa está na maior ou menor previsibilidade do resultado e na maior ou menor falta de cuidado por parte do causador do dano. O Código Civil, em regra, equipara a culpa ao dolo para fins de reparação do dano, e não faz distinção entre os graus de culpa. Ainda que levíssima, a culpa obriga a indenizar, medindo-se a indenização não pela gravidade da culpa, mas pela extensão do dano, conforme dispõe o artigo 944: "A indenização mede-se pela extensão do dano" (Brasil, 2002; Cavalieri Filho, 2023).

No entanto, conforme artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, a extensão do dano deixou de ser o único parâmetro de mensuração da reparação civil, uma vez que se reconheceu ao juiz poderes para, agindo por equidade, reduzir o "*quantum*" indenizatório se verificar excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Com isso, o legislador, baseando-se na análise dos graus de culpa, "permitiu o abrandamento da situação do réu, facultando ao juiz impor-lhe sanção pecuniária menos gravosa, se verificar, no caso concreto, a despeito da extensão do dano, que a sua culpa foi leve ou levíssima" (Brasil, 2002; Gagliano; Pamplona Filho, 2023, p. 82).

Estabelece o Enunciado n. 46 do Conselho da Justiça Federal (2012, p. 22): "A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano".

Ao prever a redução por equidade da indenização, o artigo 944 do Código Civil traz a ideia de que a responsabilidade deve ser analisada de acordo com o meio que a cerca e de modo razoável, ou seja, na linha da necessária função social da responsabilidade civil. O dispositivo

é salutar na medida em que, sem impedir a reparação integral do dano, evita o excesso na condenação. A finalidade da norma é evitar que a reparação integral dos danos prive o ofensor do mínimo necessário à sua sobrevivência, em prestígio aos princípios da dignidade humana e da solidariedade (Cavalieri Filho, 2023; Tartuce, 2023).

1.3.4.3 Espécies de culpa

A depender da natureza do dever jurídico violado, o agente poderá ter agido com culpa contratual ou culpa extracontratual. A culpa contratual é relativa ao inadimplemento obrigacional, está presente nos casos de desrespeito a uma norma contratual ou a um dever relacionado com a boa-fé objetiva, que exige uma conduta leal dos contratantes em todas as fases negociais. Por outro lado, se originário de violação de preceito geral de direito, que manda respeitar a pessoa e os bens alheios, a culpa é extracontratual (CC, arts. 186 e 927) (Diniz, 2023; Tartuce, 2023).

Considera-se a culpa *in concreto* quando se analisa a imprudência ou a negligência do agente; e *in abstracto*, quando se faz uma análise comparativa da conduta do agente com a do homem médio ou da pessoa normal, isto é, do *diligens pater familias* dos romanos. Em nosso direito, a culpa é, em regra, apreciada abstratamente (Diniz, 2023).

Para Gagliano, Pamplona Filho (2023) e Tartuce (2023), há outras modalidades de culpa, classificadas quanto ao conteúdo da conduta culposa:

a) culpa *in vigilando* - é a que decorre da falta de vigilância em face da conduta de terceiro por quem se responsabiliza o agente, como era o caso da responsabilidade do pai pelo filho, do tutor pelo tutelado, do curador pelo curatelado, do dono de hotel pelo hóspede e do educador pelo educando;

b) culpa *in elegendo* - é a decorrente da má escolha daquele a quem se confia a prática de um ato ou o adimplemento da obrigação. Era a culpa decorrente da escolha ou eleição feita pela pessoa a ser responsabilizada, como no caso da responsabilidade do patrão por ato de seu empregado;

c) culpa *in custodiendo* - assemelha-se com a culpa *in vigilando*, embora a expressão seja empregada para caracterizar a culpa na guarda de coisas ou animais, sob custódia;

d) culpa *in comittendo* ou culpa *in faciendo* - quando o agente pratica um ato positivo (imprudência), violando um dever jurídico;

e) culpa *in omittendo*, culpa *in negligendo* ou culpa *in non faciendo* - quando o agente comete uma abstenção culposa, negligenciando um dever de cuidado.

Por fim, há também a culpa *in contrahendo*, aquela em que incorre o agente na fase anterior à elaboração de um contrato. Trata-se de uma modalidade de culpa derivada de um comportamento danoso da parte que, negando-se a celebrar o contrato esperado, prejudica o legítimo interesse da outra, em detrimento da regra ética de boa-fé objetiva (Tartuce, 2023).

Para Tartuce (2023), não se pode mais falar nessas modalidades de culpa presumida, hipóteses anteriores de responsabilidade subjetiva. Isso porque estão atualmente regulamentadas pelo artigo 932 do Código Civil, consagrando o artigo 933 a adoção da teoria do risco, ou seja, que tais casos são de responsabilidade objetiva, não se discutindo culpa.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA

Pelos riscos que representam para a sociedade, algumas profissões estão sujeitas a disciplina especial. O erro profissional pode ser fatal em alguns casos, motivo pelo qual se faz necessário o preenchimento de requisitos legais para o exercício de determinadas profissões, que vão desde a diplomação em curso universitário - destinado a dar ao profissional habilitação técnica específica, até a inscrição em órgão especial, caso em que se enquadram os cirurgiões-dentistas (Cavalieri Filho, 2023).

No entanto, o preenchimento desses requisitos não exime o profissional de responder pelos danos que causar por violação de um dever a que estava profissionalmente adstrito. Como regra, o Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais prestadores de serviços (Cavalieri Filho, 2023).

2.1 CONCEPÇÃO JURÍDICA DE PROFISSIONAL LIBERAL

O estatuto social da Confederação Nacional das Profissões Liberais, em seu artigo 1º, § 2º, dispõe: "[...] considera-se profissional liberal aquele legalmente habilitado a prestar serviços de natureza técnico-científica de cunho profissional com a liberdade de execução que lhe é assegurada pelos princípios normativos de sua profissão, independentemente do vínculo da prestação de serviço" (CNPL, 2019, p. 3).

Profissional liberal, portanto, é o trabalhador que pode exercer com liberdade e autonomia a sua profissão, decorrente de formação técnica ou superior específica, advinda de conhecimentos técnicos e científicos, legalmente reconhecida. O exercício da profissão pode se dar com ou sem vínculo empregatício específico, mas sempre regulamentado por organismos fiscalizadores do exercício profissional (CNPL, [2012?]).

Moraes e Guedes (2016) ensinam que para a configuração da atuação de um profissional liberal é necessário: a) o conhecimento técnico; b) a formação específica, muitas vezes obtida com uma certificação (caso do diploma universitário); c) a existência de órgão representativo e regulamentador da atividade; e d) a relação personalíssima ou *intuitu personae* entre o profissional e o seu cliente.

Importante destacar que o profissional liberal não se confunde com o profissional autônomo, pois o primeiro é espécie do segundo. A definição de autônomo envolve toda e qualquer atividade/profissão que seja exercida com poder de direção e com base no risco;

enquanto o profissional liberal exige as condições expostas (Moraes e Guedes, 2016; Tartuce, 2023).

Em razão da atividade dos profissionais liberais ser exercida pessoalmente, a pessoas determinadas (clientes), *intuitu personae*, na maioria das vezes com base na confiança recíproca, o Código de Defesa do Consumidor, mesmo possuindo um sistema de responsabilização objetiva, excetua os profissionais liberais, que embora sejam prestadores de serviços, respondem subjetivamente, submetendo-se aos princípios da informação, transparência, boa-fé, etc. (Cavalieri Filho, 2023).

Ratificando esse entendimento, o Código de Ética Odontológica é salutar ao dispor, em seu artigo 4º:

> Art. 4º. A natureza personalíssima da relação paciente/profissional na atividade odontológica visa demonstrar e reafirmar, através do cumprimento dos pressupostos estabelecidos por este Código de Ética, a peculiaridade que reveste a prestação de tais serviços, diversos, portanto, das demais prestações, bem como de atividade mercantil (CFO, 2012).

Por se tratar de serviços negociados e não de contratos por adesão, não seria razoável submeter os profissionais liberais à mesma responsabilidade dos prestadores de serviço em massa, mediante fornecimento em série. Isso porque não se fazem presentes na atividade do profissional liberal os motivos que justificam a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços empresariais (Cavalieri Filho, 2023).

2.2 NORMAS GERAIS APLIACADAS A RESPONSABILIZAÇÃO PROFISSIONAL

Existem duas regras fundamentais que se aplicam à responsabilidade civil dos profissionais liberais, conduzindo a sua responsabilização subjetiva, fundada na culpa. A primeira está disciplinada no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual "a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa", artigo este consagrador da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, que é o caso das pessoas que atuam na área da saúde, como médicos, dentistas, enfermeiros (Brasil, 1990; Tartuce, 2023).

A segunda é o artigo 951 do Código Civil, que dispõe: "O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho". A responsabilidade subjetiva fica clara pela menção à negligência, à imprudência e à imperícia (Brasil, 2002; Tartuce, 2023).

Aplica-se, ainda, a regra relativa ao ato ilícito indenizante (CC, art. 186) que também adota o modelo culposo de responsabilização subjetiva. No entanto, sem prejuízo da consagração da responsabilidade subjetiva pelos dispositivos mencionados, é possível aplicar aos profissionais liberais o disposto no artigo 187 do Código Civil, que trata do abuso de direito (Brasil, 2002; Tartuce, 2023).

Um dos problemas enfrentados com o advento do novo Código Civil diz respeito à atuação de determinados profissionais liberais que empreendem atividade de risco. Isso porque a regra prevista no artigo 927, parágrafo único, faz menção à responsabilidade objetiva, quando dispõe que "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem", o que contraria a regra do CDC que exige, para a responsabilidade do profissional liberal, a demonstração de culpa (Brasil, 2002; Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Ocorre que a regra da responsabilidade civil para os profissionais liberais permanece de natureza subjetiva, baseado no artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, pois, embora o Código Civil de 2002 seja uma lei mais recente, não prevalecerá por força do princípio da especialidade (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Diante de um caso concreto, em que se precisa aferir a responsabilidade de determinado profissional liberal, não basta, apenas, consultar o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. Também será preciso considerar a legislação especial, como a regulamentação expedida pelo Conselho Federal de Odontologia no caso dos cirurgiões-dentistas. Isso porque esses diversos diplomas relacionam-se como partes de um sistema de regras e princípios que regulam a responsabilidade dos profissionais liberais (Moraes; Guedes, 2016).

2.3 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL

Segundo Diniz (2023, p. 108) "bastante controvertida é a questão da natureza jurídica da responsabilidade profissional, pois há autores que a incluem na seara contratual, outros, na extracontratual e os que a enquadram num ou noutro campo, conforme as circunstâncias". Partindo do pressuposto de que o sujeito realiza a atividade em decorrência da sua atuação profissional, em regra, a responsabilidade será contratual, porque o exercício do ofício pressupõe, em condições normais, a realização de um negócio jurídico em que o profissional se

obriga a realizar determinada atividade acordada entre as partes (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Assim, aos profissionais liberais quando se vinculam à prestação de seus serviços, se aplicam as noções de obrigação de meio e de resultado, que partem de um contrato. Logo, não poderá deixar de ser contratual a responsabilidade decorrente da infração dessas obrigações, incidindo os dispositivos do Código Civil relacionados ao inadimplemento obrigacional (arts. 389 a 420) (Diniz, 2023).

No entanto, nem todo dano causado pelo exercício de uma atividade profissional será fundamentado em uma relação contratual. É possível, por exceção, encontrar situações em que se deve invocar a responsabilidade civil extracontratual (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Diniz (2023, p. 109) afirma que:

> Não se pode olvidar que há, sem dúvida, certas profissões dotadas de função social, daí serem obrigações legais, de modo que o profissional responderá por elas tanto quanto pelas obrigações assumidas contratualmente. São hipóteses em que coincidem as duas responsabilidades - a contratual e a extracontratual -, e o profissional deverá observar as normas reguladoras de seu ofício, umas vezes por força de contrato e outras, em virtude de lei. Mas, como a responsabilidade extracontratual só surge na ausência de um vínculo negocial, decorre daí que, se há vínculo contratual, o inadimplemento da obrigação contratual e legal cairá, conforme o caso, na órbita da responsabilidade contratual e não da delitual, ante a preponderância do elemento contratual. Todavia, em algumas hipóteses poder-se-á ter duas zonas independentes: a da responsabilidade contratual e a da delitual.

Assim, a responsabilidade civil dos profissionais pode se enquadrar na modalidade extracontratual ou aquiliana, quando o dano causado extrapola o que foi contratado. No entanto, há que se reconhecer que, na grande maioria das hipóteses fáticas, a responsabilidade civil profissional é contratual, principalmente quando o serviço que foi contratado não foi desempenhado conforme o pactuado (Tartuce, 2023).

2.3.1 Obrigação de meio

A obrigação de meio ou de diligência é aquela em que o devedor se obriga a empreender a sua atividade sem garantir o resultado esperado. O profissional se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço, segundo as melhores técnicas, com o objetivo de alcançar um determinado resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo (Diniz, 2023; Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

A prestação, portanto, não consiste num resultado certo e determinado, mas tão somente numa atividade diligente e prudente do obrigado em benefício do credor. “Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de

maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final" (Diniz, 2023, p. 108).

Segundo Diniz (2023, p. 109):

> Havendo inadimplemento dessa obrigação, é imprescindível a análise do comportamento do devedor, para verificar se ele deverá ou não ser responsabilizado pelo evento, de modo que cumprirá ao credor demonstrar ou provar que o resultado colimado não foi atingido porque o obrigado não empregou a diligência e a prudência a que se encontrava adstrito. Isto é assim porque nessa relação obrigacional o devedor apenas está obrigado a fazer o que estiver a seu alcance para conseguir a meta pretendida pelo credor; logo, liberado estará da obrigação se agiu com prudência, diligência e escrúpulo, independentemente da consecução efetiva do resultado. O obrigado só será responsável se o credor provar a ausência total do comportamento exigido ou uma conduta pouco diligente, prudente e leal.

Assim, aqueles que assumem obrigação de meio só respondem se provada a sua culpa genérica, ou seja, o dolo ou a culpa estrita (imprudência, negligência ou imperícia). Por conseguinte, haverá responsabilidade civil subjetiva daquele que assumiu tal obrigação (Tartuce, 2023).

Segundo o Conselho Federal de Odontologia (2012), são consideradas especialidades odontológicas de meio: cirurgia e traumatologia bucomaxilofacial, endodontia, odontopediatria, periodontia, ortodontia, prótese bucomaxilofacial, odontologia do trabalho, odontologia para pacientes com deficiência, odontogeriatria e ortopedia funcional dos maxilares.

2.3.2 Obrigação de resultado

Na obrigação de resultado ou de fim o devedor se obriga não apenas a empreender a sua atividade mas, principalmente, a produzir o resultado esperado pelo credor. A obrigação de resultado, portanto, é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem por objetivo o resultado em si mesmo, de tal forma que a obrigação só será considerada adimplida com a efetiva produção do resultado, isto é, quando o devedor cumprir o objetivo final (Diniz, 2023; Gagliano; Pamplona Folho, 2023).

Diniz (2023, p. 109) afirma que:

> Como essa obrigação requer um resultado útil ao credor, o seu inadimplemento é suficiente para determinar a responsabilidade do devedor, já que basta que o resultado não seja atingido para que o credor seja indenizado pelo obrigado, que só se isentará

> da responsabilidade se provar que não agiu culposamente. Assim, se inadimplida essa obrigação, o obrigado ficará constituído em mora, de modo que lhe competirá provar que a falta do resultado previsto não decorreu de culpa sua, mas de caso fortuito ou força maior, pois só assim se exonerará da responsabilidade; não terá, porém, direito à contraprestação.

Por se tratar de profissionais liberais, como regra geral, tanto nas obrigações de meio quanto nas de resultado, ter-se-á uma responsabilidade civil subjetiva, em que a prova da culpa, pelos danos causados, é relevante, embora em relação às obrigações de resultado haja uma presunção da culpa, com a inversão do ônus da prova. Assumem obrigação de resultado, o médico ultrassonografista, o cirurgião plástico estético, o dentista estético e o anestesista (Gagliano; Pamplona Filho, 2023; Tartuce, 2023).

Na obrigação de meio, o obrigado só será responsável se o credor comprovar a ausência total do comportamento exigido ou uma conduta pouco diligente, prudente e leal; ao contrário da obrigação de resultado, em que o devedor só se isentará da responsabilidade se demonstrar que não agiu culposamente. Em ambas as situações, o elemento culpa é relevante, mas o ônus da prova deverá ser distribuído em função da forma de obrigação assumida (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Segundo o Conselho Federal de Odontologia (2012), são consideradas especialidades odontológicas de resultado: dentística restauradora, odontologia em saúde coletiva, odontologia legal, patologia bucal e radiologia.

2.3.3 Relevância da distinção entre obrigação de meio e obrigação de resultado

Não há consenso no ordenamento jurídico brasileiro a respeito da utilidade da distinção entre obrigação de meio e de resultado, sendo possível encontrar três posicionamentos acerca dos efeitos práticos da diferenciação entre elas (Dias, 2016).

A primeira posição, defendida por autores em período anterior ao Código de Defesa do Consumidor, entende que a distinção é útil para se estabelecer o regime da responsabilidade civil a que se submete o devedor no caso concreto. Assim, nas obrigações de meio, o devedor estaria sujeito ao regime da responsabilidade subjetiva, enquanto que nas obrigações de resultado o devedor responderia objetivamente pelo inadimplemento, não se admitindo, nessa última hipótese, a prova da ausência de culpa como excludente de responsabilidade (Dias, 2016).

A segunda posição sustenta que a distinção é relevante para fundamentar a distribuição do ônus da prova. Nas obrigações de meio, o ônus de provar a conduta culposa do profissional

seria do ofendido - pela aplicação do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, segundo a qual cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito; enquanto nas obrigações de resultado, haveria presunção de culpa do profissional, cabendo a ele provar que a falha na obtenção do resultado não lhe pode ser imputada (Brasil, 2015; Dias, 2016).

Por fim, terceira corrente entende que a distinção serve somente para definir o conteúdo da prestação obrigacional e, consequentemente, para apurar, no caso concreto, se o devedor adimpliu a obrigação por ele contratualmente assumida (Dias, 2016).

O primeiro posicionamento esbarrou após a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, no que se refere aos profissionais liberais, na expressa dicção do artigo 14, § 4º, que determina que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. Assim, por expressa determinação legal, independentemente de se tratar de obrigação de meio ou de resultado, a demonstração da culpa é elemento essencial para a responsabilização do dentista (Brasil, 1990; Dias, 2016).

A segunda corrente também parece ter perdido relevância, pois a distribuição estática do ônus da prova abre espaço em favor de uma distribuição que leve em consideração as particularidades de cada caso, atribuindo o ônus da prova àquele que possui melhores condições de satisfazê-lo. Quem defende que o *onus probandi* nos casos das obrigações de meio "é sempre do paciente acaba impondo ao consumidor do serviço ônus excessivamente oneroso, exigindo que este supere não apenas a complexidade técnica inerente à matéria como também a escassez de provas disponíveis, quase todas elas em poder do profissional" (Dias, 2016, p. 157).

O CDC tem "justamente por finalidade estabelecer meios de facilitação da defesa do consumidor em juízo, expressamente consagrou a possibilidade de inversão do ônus da prova a favor do consumidor nos casos em que forem verossímeis suas alegações ou quando for ele hipossuficiente" (CDC, art. 6º, VIII) (Dias, 2016, p. 158).

Embora, em princípio, caiba ao lesado o ônus de provar que o profissional agiu de forma culposa, o exame das circunstâncias no caso concreto autoriza a inversão do ônus da prova a favor do paciente, independentemente de se tratar de obrigação de meio ou de resultado. Os tribunais têm cada vez mais, invertido o *onus probandi* da culpa do profissional de odontologia em favor do paciente (Dias, 2016).

Também não se pode afirmar que a distinção entre obrigações de meio e de resultado tenha perdido sua relevância. Mesmo com críticas, a distinção ainda possui importante utilidade para a determinação da prestação obrigacional e, consequentemente, para a caracterização do inadimplemento e dos efeitos daí decorrentes (Dias, 2016).

A configuração do inadimplemento varia conforme o objeto da prestação devida, quer seja esta obrigação o comportamento diligente para se alcançar determinado resultado, caracterizando uma obrigação de meio; quer seja o resultado em si, caracterizando uma obrigação de resultado (Dias, 2016).

Segundo Dias (2016, p. 160):

> Assim sendo, nas obrigações de resultado, a não realização do resultado prático desejado pelo credor é suficiente para configurar o descumprimento da prestação, autorizando a resolução contratual e o não pagamento da contraprestação, ao passo que, nas obrigações de meio, a ausência do resultado esperado não constitui, por si só, inadimplemento da prestação. Nas obrigações de meio, a realização ou não do resultado final se mostra irrelevante para a configuração do descumprimento, devendo-se, ao revés, verificar se o devedor agiu com a diligência devida. Em ambos os casos, porém, diante da previsão expressa do artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, não basta a verificação do descumprimento contratual, sendo necessário aferir se o inadimplemento foi ou não culposo para a configuração da responsabilidade civil do profissional odontológico.

Assim, caso o dentista tenha assumido uma obrigação de resultado e, apesar de ter utilizado de toda a diligência possível para a concretização do tratamento, não alcançou o resultado esperado pelo paciente, não se configura a responsabilidade civil do profissional por eventuais danos causados, tendo em vista a ausência de culpa, mas o dentista não fará jus à percepção da remuneração acordada com o paciente, tendo em vista não ter satisfeito a obrigação prometida (Dias, 2016).

Caso se tratasse de obrigação de meio, o profissional igualmente não teria de responder por eventuais danos causados, em razão da ausência de culpa, mas nesse caso, teria direito à remuneração acordada, pois ao ter empenhado toda a sua diligência para a obtenção do resultado esperado, adimpliu sua obrigação (Dias, 2016).

2.3.4 Natureza obrigacional da atividade do cirurgião-dentista

Para melhor definir a disciplina aplicável à responsabilidade civil dos cirurgiões-dentistas, é imprescindível conhecer a dinâmica da profissão. A odontologia é uma especialidade da área da saúde voltada ao estudo, à promoção da saúde, à prevenção de doenças, ao diagnóstico e ao tratamento de problemas relacionados aos dentes, gengiva, boca, língua, ossos da face, pescoço, além de suas estruturas adjacentes (Dias, 2016).

Muito conhecida é a citação do Papa Pio XII ao descrever a Odontologia como uma profissão que exige, dos que a ela se dedicam, o senso estético de um artista, a destreza manual de um cirurgião, os conhecimentos científicos de um médico e a paciência de um monge (CRO-CE, 2017).

Por ser cada vez maior a especificidade e a complexidade da atuação dos dentistas, há uma tendência em se simplificar o tratamento jurídico da responsabilidade civil desses profissionais. Ainda assim, há divergência de opiniões, principalmente no que refere à qualificação da obrigação assumida pelos profissionais de odontologia perante seus pacientes (Dias, 2016).

Segundo Dias (2016, p. 162):

> Parcela considerável da doutrina e da jurisprudência qualifica a obrigação do dentista com base no risco abstrato da atividade profissional desenvolvida. Assim, aqueles que entendem que as obrigações do dentista são, em regra, tecnicamente simples e, por essa razão, apresentam resultados relativamente previsíveis e controláveis, tendem a classificar a obrigação como de resultado. Já aqueles que consideram que a atividade odontológica apresenta resultados pouco previsíveis, não se podendo assegurar obtenção da finalidade esperada, classificam-na como obrigação de meio. Há autores, ainda, que consideram as obrigações normalmente assumidas pelos dentistas como de meio em razão da influência do comportamento do paciente na produção do resultado de determinados tratamentos.

Posição majoritária da doutrina parece indicar que a obrigação assumida pelo dentista, em regra, é de resultado. Nesse sentido, Cavalieri Filho (2023, p. 481) afirma:

> se em relação aos médicos, a regra é a obrigação de meio, no que respeita aos dentistas a regra é a obrigação de resultado. E assim é porque os processos de tratamento dentário são mais regulares, específicos, e os problemas menos complexos. A obturação de uma cárie, o tratamento de um canal, a extração de um dente etc., embora exijam técnica específica, permitem assegurar a obtenção do resultado esperado. Por outro lado, é mais frequente nessa área de atividade profissional a preocupação com a estética. A boca é uma das partes do corpo mais visíveis, e, na boca, os dentes. Ninguém desconhece o quanto influencia negativamente na estética a falta dos dentes da frente, ou os defeitos neles existentes.

Para o mencionado doutrinador, no entanto, excetua-se a situação do dentista quando atua em casos de alta complexidade, como para recuperar o maxilar fraturado de um acidentado, hipótese em que terá que atuar com diligência, cuidado, atenção e melhor técnica, mas sem poder garantir um resultado específico. Serão muitos os casos intermediários em que a preocupação estética e a de cura se encontram de tal forma interligadas que a análise do caso concreto é que dirá se houve ou não desempenho profissional adequado (Cavalieri Filho, 2023).

Gagliano e Pamplona Filho (2023, p. 134) consideram que "a atividade odontológica pode ser considerada de resultado, se tiver apenas fins estéticos". Entretanto, determinados tratamentos de patologias bucais deverão ser classificadas como obrigação de meio, dada a impossibilidade de garantir o restabelecimento completo dos pacientes. Tartuce (2023, p. 1103) também considera "que tem razão a corrente que afirma assumir os dentistas uma obrigação de meio, como premissa geral, sendo a obrigação de resultado exceção". Seguindo o mesmo entendimento, Hildegard Taggesell Giostri citado por Dias (2016), considera que o profissional

dentista trabalha em uma área infestada pela imprevisibilidade, além de contar com a participação efetiva do próprio paciente no resultado final.

Teresa Ancona Lopez, também citada por Dias (2016, p. 152), adota uma posição intermediária:

> Considerando a possibilidade da ocorrência de vários tipos de danos no desenvolvimento da atividade odontológica, a autora sustenta que a obrigação ínsita nesses contratos pode ser tanto de meios como de resultado. No seu entendimento, para se chegar a uma conclusão sobre o conteúdo do dever jurídico inerente ao contrato de serviços profissionais, deve-se verificar o que foi tratado entre cliente e profissional e, então, concluir se tal serviço visou um fim em si mesmo ou apenas um desempenho diligente do profissional.

Apesar de toda discussão envolvendo o assunto, parece prevalecer na doutrina o entendimento de que nos casos de procedimentos não estéticos, os cirurgiões-dentistas, enquanto pessoas naturais prestadoras de serviços, assumem obrigação de meio. Trata-se de responsabilidade na modalidade subjetiva, impondo-se a demonstração de culpa *lato sensu* (dolo ou culpa profissional por imprudência, negligência ou imperícia) e levando-se em conta a correta execução do tratamento (Tartuce, 2023).

Também não há posição consolidada acerca da matéria na jurisprudência, embora pareça prevalecer o entendimento pela obrigação de resultado. Nesse sentido, se extrai do corpo do julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

> Assim, tratando-se de serviço prestado por profissional liberal, a culpa é sim elemento relevante para a configuração da responsabilidade do agente. Essa diferenciação justifica-se, pois os profissionais desta categoria, de modo geral, assumem perante os contratantes uma obrigação de meio, quer dizer, comprometem-se, com os recursos que tem à sua disposição, a buscar lealmente a realização de determinado objetivo, o que seria incompatível com a responsabilização sem análise de culpa. É bem verdade que, no que se refere à responsabilidade dos profissionais denominados cirurgiões-dentistas, doutrina e jurisprudência estejam caminhando no sentido de alçar as obrigações assumidas perante os consumidores à esfera do resultado, visto que, em regra, os procedimentos odontológicos possuem finalidade estética, além de funcional (Santa Catarina, 2023).

Com o mesmo entendimento, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> O Código de Defesa do Consumidor, em exceção à regra da responsabilidade objetiva incidente às relações de consumo, prevê a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais. [...] No que concerne à responsabilidade do **dentista**, o entendimento que prevalece na doutrina e na jurisprudência é no sentido de que a obrigação assumida pelos profissionais de odontologia, é, **em regra,** de **resultado**. [...] Conforme o entendimento doutrinário sobre o tema, portanto, a obrigação assumida pelo cirurgião dentista, em regra, é de resultado, sendo a responsabilidade subjetiva, com culpa presumida. Ou seja, é do profissional o ônus de provar que não agiu com culpa, em qualquer das suas modalidades (negligência, imprudência ou imperícia) (Rio Grande do Sul, 2023).

E também, o Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Em regra, a obrigação dos médicos e dentistas pelos tratamentos e procedimentos que executam é de meio, porém, doutrina e jurisprudência reconhecem que essa obrigação,

> quando envolvem tratamentos e procedimentos de natureza estética, é de resultado. [...] Consequência da obrigação de resultado do dentista pelos tratamentos ou procedimentos estéticos que realiza é a inversão do ônus da prova, pois, se o resultado desejado pelo paciente não é alcançado, presume- se sua culpa, competindo-lhe o ônus de provar que o resultado não foi alcançado por culpa do paciente ou por fatores estranhos ao tratamento ou procedimento. [...] Ademais, a submissão do fato descrito na inicial ao Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a responsabilidade subjetiva dos dentistas (art. 14, § 4º.), não conflita com a conclusão acima exposta, no sentido de que é presumida a culpa dos referidos profissionais liberais quando executam procedimentos ou tratamentos de natureza estética [...] (São Paulo, 2023)

Importante salientar que a distinção entre obrigação de meio ou de resultado não pode influenciar na divisão da responsabilidade civil em subjetiva e objetiva, pois seja qual for a especialidade do profissional e o tratamento realizado, o dentista não pode ser responsabilizado pelo fato de o tratamento não ter apresentado o resultado esperado, mas somente se tiver agido com culpa para a ocorrência deste resultado. Desse modo, não se pode atribuir responsabilidade objetiva ao dentista - e nem a qualquer outro profissional liberal, nem mesmo nas hipóteses em que tenha assumido uma obrigação de resultado (Dias, 2016).

Cavalieri Filho (2023, p. 471) ao examinar esse aparente conflito afirma:

> A indagação só cria embaraços para aqueles que entendem que a obrigação de resultado gera sempre responsabilidade objetiva. Entendo, todavia, que a obrigação de resultado em alguns casos apenas inverte o ônus da prova quanto à culpa; a responsabilidade continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida. O Código de Defesa do Consumidor não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial, privilegiado, limitando-se a afirmar que a apuração de sua responsabilidade continuaria a ser feita de acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa. Logo, continuam a ser-lhes aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa provada nos casos em que assumem obrigação de meio; e as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida nos casos em que assumem obrigação de resultado.

Assim, diante da função interpretativa decorrente do princípio da boa-fé objetiva e do artigo 20 do CDC - que define serviço impróprio como aquele que não atende os fins a que razoavelmente dele se espera, o principal critério para a qualificação da obrigação do dentista deve ser a legítima expectativa dos contratantes quanto às finalidades contratuais e não o risco abstrato da atividade, nem a eventual participação do paciente na obtenção do resultado útil do tratamento (Dias, 2016).

Isto significa dizer que a obrigação do dentista será qualificada como de meios ou de resultado de acordo com a utilidade que o paciente possa razoavelmente esperar de sua execução. Sendo que tais expectativas devem ser definidas pelo intérprete com base nas circunstâncias do caso concreto, valorando as declarações de vontade das partes, seu comportamento e, notadamente, as práticas sociais recorrentes no tipo de relação contratual em questão (Dias, 2016).

Dentre as circunstâncias a serem analisadas, é de grande importância examinar as informações prestadas pelo dentista ao paciente, verificando se ele foi devidamente esclarecido sobre os efeitos e os riscos do tratamento na medida em que, em última análise, são as concretas e legítimas expectativas suscitadas no paciente, relacionadas ao resultado útil do tratamento, que definem a qualificação da obrigação do dentista (Dias, 2016).

Também não é possível determinar se a obrigação assumida pelo dentista é de meio ou de resultado pela simples indicação da especialidade desenvolvida. Na maioria dos casos, o conteúdo da obrigação corresponde àquele que, em abstrato, qualifica a especialidade desempenhada, mas somente o exame do caso concreto pode confirmar se esta era mesmo a expectativa do paciente ou se, diante do comportamento do dentista (declarações, atitudes e omissões), não foi suscitada no paciente legítima expectativa diversa quanto à obrigação assumida no contrato (Dias, 2016).

2.4 LEGISLAÇÃO REFERENTE AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DO CIRURGIÃO-DENTISTA

A odontologia evoluiu muito desde a sua constituição como profissão legalmente reconhecida, tendo não apenas um juramento a seguir, mas sim toda uma deontologia específica, com o intuito de normatizar e possibilitar uma odontologia de qualidade para toda a população (Silva; Sales-Peres, 2009).

A Lei nº 1.314, de 17 de janeiro de 1951, é considerada a primeira lei regulamentar do exercício profissional do cirurgião-dentista, o que representou um grande avanço para a categoria profissional ao exigir duas condições fundamentais para a sua prática: o diploma e o registro nos órgãos competentes. Nesse sentido, a lei também foi importante para delimitar o exercício ilegal da odontologia, que se caracterizava pela prática de atos próprios de cirurgião-dentista sem autorização legal (Silva; Sales-Peres, 2009).

Em 1964, foi regulamentada a Lei nº 4.324, que instituiu o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Odontologia. O Conselho Federal é o órgão normativo da profissão no país, do qual emanam as resoluções que devem orientar a atuação dos Conselhos Regionais, aos quais se subordinam todos os profissionais:

> Art. 2º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Odontologia ora instituídos constituem em seu conjunto uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira, e têm por finalidade a supervisão da ética profissional em toda a República, cabendo-lhes zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da odontologia e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exercem legalmente" (Brasil, 1964).

Atualmente, o exercício da odontologia é regulamentado pela Lei nº 5.081, de 24 de agosto de 1966, que permite ao cirurgião-dentista ampla autonomia no que concerne ao seu exercício legal; e também pelo Código de Ética Odontológica (CEO), aprovado pela Resolução CFO-118, de 11 de maio de 2012, que conforme disposto em seu artigo 1º:

> Art. 1º. O Código de Ética Odontológica regula os direitos e deveres do cirurgião-dentista, profissionais técnicos e auxiliares, e pessoas jurídicas que exerçam atividades na área da Odontologia, em âmbito público e/ou privado, com a obrigação de inscrição nos Conselhos de Odontologia, segundo suas atribuições específicas (CFO, 2012).

O cirurgião-dentista tem o compromisso de contribuir para a saúde bucal das pessoas, estando sujeito a ser responsabilizado por seus atos ou omissões. Dentre os dispositivos legais que envolvem a profissão estão ainda, a Constituição Federal, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Penal e o Código de Processo Penal, visto que a responsabilização profissional do cirurgião-dentista pode se dar no âmbito administrativo (ético), civil e penal (Almeida *et al*., 2017).

2.4.1 Lei nº 5.081, de 24 de agosto de 1966

A Lei nº 5.081, de 24 de agosto de 1966, estabelece em seu artigo 2º, os requisitos legais para o exercício da odontologia:

> Art. 2º. O exercício da Odontologia no território nacional só é permitido ao cirurgião-dentista habilitado por escola ou faculdade oficial ou reconhecida, após o registro do diploma na Diretoria do Ensino Superior, no Serviço Nacional de Fiscalização da Odontologia, na repartição sanitária estadual competente e inscrição no Conselho Regional de Odontologia sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade.

Da análise do dispositivo é possível concluir que é necessário obter a habilitação profissional através de um curso de graduação em faculdade reconhecida, sendo este reconhecimento realizado pelo Governo Federal. O diploma obtido no curso de graduação atualmente é registrado pelas universidades, pois não existe mais a Diretoria de Ensino Superior. A partir daí, o profissional necessita da habilitação legal, ou seja, do registro no Conselho Federal de Odontologia (em substituição ao Serviço Nacional de Fiscalização da Odontologia) ou nos Escritórios Regionais de Saúde, caso pretenda abrir uma clínica odontológica e, finalmente, no Conselho Regional de Odontologia sob a jurisdição do local de sua atividade (Silva; Sales-Peres, 2009).

O artigo 3º faz menção aos profissionais habilitados por escolas estrangeiras que poderão exercer a odontologia no território nacional após a revalidação do diploma e satisfeitas as demais exigências do artigo anterior. O artigo 5º preceitua que "é nula qualquer autorização

administrativa a quem não for legalmente habilitado para o exercício da Odontologia" (Brasil, 1966).

O artigo 6º estabelece as competências do cirurgião-dentista:

> Art. 6º Compete ao cirurgião-dentista:
> I – Praticar todos os atos pertinentes à Odontologia, decorrentes de conhecimentos adquiridos em curso regular ou em cursos de pós-graduação;
> II – Prescrever e aplicar especialidades farmacêuticas de uso interno e externo, indicadas em Odontologia;
> III – Atestar, no setor de sua atividade profissional, estados mórbidos e outros inclusive, para justificação de faltas ao emprego;
> IV – Proceder à perícia odontolegal em foro civil, criminal, trabalhista e em sede administrativa;
> V – Aplicar anestesia local e troncular;
> VI – Empregar a analgesia e hipnose, desde que comprovadamente habilitado, quando constituírem meios eficazes para o tratamento;
> VII – Manter, anexo ao consultório, laboratório de prótese, aparelhagem e instalação adequadas para pesquisas e análises clínicas, relacionadas com os casos específicos de sua especialidade, bem como aparelhos de Raios X, para diagnóstico, e aparelhagem de fisioterapia;
> VIII – Prescrever e aplicar medicação de urgência no caso de acidentes graves que comprometam a vida e a saúde do paciente;
> IX – Utilizar, no exercício da função de perito odontólogo, em casos de necropsia, as vias de acesso do pescoço e da cabeça (Brasil, 1966).

Por sua vez, o artigo 7º trata das proibições aos cirurgiões-dentistas:

> Art. 7º É vedado ao cirurgião-dentista:
> a) expor em público trabalhos odontológicos e usar de artifícios de propaganda para granjear clientela;
> b) anunciar cura de determinadas doenças, para as quais não haja tratamento eficaz;
> c) exercício de mais de duas especialidades;
> d) consultas mediante correspondência, rádio, televisão ou meios semelhantes;
> e) prestação de serviço gratuito em consultórios particulares;
> f) divulgar benefícios recebidos de clientes;
> g) anunciar preços de serviços, modalidades de pagamento e outras formas de comercialização da clínica que signifiquem competição desleal (Brasil, 1966).

Pode-se afirmar que a lei deu ampla competência ao cirurgião-dentista generalista, sempre necessário em uma nação de extensão continental como o Brasil. Importante salientar que a regulamentação da odontologia e do seu exercício profissional não se esgotam nos limites da Lei nº 5.081/66. Ela é muito mais ampla, contendo disposições em outros diplomas legais e nos atos normativos do Conselho Federal de Odontologia, bem como em atos executivos dos Conselhos Regionais. Com base nas disposições legais vigentes em associação com as normas éticas, o exercício da odontologia passou a adquirir excelência científica, se projetando como uma atividade social (Silva; Sales-Peres, 2009).

2.4.2 Código de Ética Odontológica

Como visto, os cirurgiões-dentistas estão submetidos ao regime da responsabilidade subjetiva, nos termos do artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. Isso significa dizer que não basta que a conduta do profissional tenha causado dano ao paciente, pois para a configuração da responsabilidade do dentista, é imprescindível a comprovação e identificação da culpa, demonstrando que ele agiu com negligência, imprudência ou imperícia (Dias, 2016).

A investigação acerca da culpa do dentista requer o estudo dos deveres impostos a esses profissionais no exercício de suas atividades, que se encontram no Código de Ética Odontológica (Resolução CFO-118, de 11 de maio de 2012). Assim, no aspecto ético, o cirurgião-dentista é regido pelo Código de Ética Odontológica (CEO) que regulamenta os direitos e os deveres da profissão. O Código expõe o conjunto de condutas, princípios morais e valores que devem ser observados no exercício profissional além de definir as sanções àqueles que o infringirem (Almeida *et al*., 2017; Dias, 2016).

O Código de Ética Odontológica estabelece em seu artigo 2º: "A Odontologia é uma profissão que se exerce em benefício da saúde do ser humano, da coletividade e do meio ambiente, sem discriminação de qualquer forma ou pretexto". O Código dispõe ainda, em seu artigo 3º, dos objetivos da atuação odontológica:

> Art. 3º. O objetivo de toda a atenção odontológica é a saúde do ser humano. Caberá aos profissionais da Odontologia, como integrantes da equipe de saúde, dirigir ações que visem satisfazer as necessidades de saúde da população e da defesa dos princípios das políticas públicas de saúde e ambientais, que garantam a universalidade de acesso aos serviços de saúde, integralidade da assistência à saúde, preservação da autonomia dos indivíduos, participação da comunidade, hierarquização e descentralização político-administrativa dos serviços de saúde (CFO, 2012).

O artigo 5º dispõe quanto aos direitos fundamentais dos profissionais inscritos. Por sua vez, o artigo 9º dispõe quanto aos deveres fundamentais, cuja violação caracteriza infração ética. Ressalta-se as seguintes condições: exercer a profissão mantendo comportamento digno; manter atualizados os conhecimentos profissionais, técnico-científicos e culturais, necessários ao pleno desempenho do exercício profissional; zelar pela saúde e pela dignidade do paciente; resguardar o sigilo profissional; elaborar e manter atualizados os prontuários na forma das normas em vigor, incluindo os prontuários digitais; assumir responsabilidade pelos atos praticados, ainda que estes tenham sido solicitados ou consentidos pelo paciente ou seu responsável; resguardar sempre a privacidade do paciente (CFO, 2012).

No que se refere às infrações éticas relativas ao paciente, dispostas no artigo 11, merecem destaque: exagerar em diagnóstico, prognóstico ou terapêutica; deixar de esclarecer

adequadamente os propósitos, riscos, custos e alternativas do tratamento; executar ou propor tratamento desnecessário ou para o qual não esteja capacitado; abandonar paciente, salvo por motivo justificável; deixar de atender paciente que procure cuidados profissionais em caso de urgência; adotar novas técnicas ou materiais que não tenham efetiva comprovação científica; iniciar qualquer procedimento ou tratamento odontológico sem o consentimento prévio do paciente ou do seu responsável legal, exceto em casos de urgência ou emergência; opor-se a prestar esclarecimentos e/ou fornecer relatórios sobre diagnósticos e terapêuticas, realizados no paciente, quando solicitados pelo mesmo, por seu representante legal ou nas formas previstas em lei; propor ou executar tratamento fora do âmbito da Odontologia (CFO, 2012).

Diante dessa análise, pode-se afirmar que os principais deveres dos profissionais da odontologia estão agrupados em três categorias: 1) dever de informação; 2) dever de sigilo; e 3) dever de utilização de técnicas adequadas e atuais (Dias, 2016).

O dever de informação compreende as circunstâncias relevantes para o adequado consentimento do paciente sobre o tratamento. Antes de iniciar qualquer tratamento odontológico, o dentista deve esclarecer ao paciente todas as circunstâncias que possam influir na sua decisão, incluindo os propósitos, riscos, custos, duração e alternativas do tratamento, bem como as vantagens e desvantagens das técnicas empregadas. O dever de informação implica a necessidade de obtenção do consentimento informado do paciente acerca dos procedimentos a serem realizados. A falha no dever de informação poderá ser entendida como uma conduta omissiva do profissional, podendo gerar o dever de indenizar, quando associada a algum dano ao paciente (Dias, 2016).

O Código de Ética Odontológica, dispõe em seu artigo 11, incisos IV e XII, respectivamente, que constitui infração ética: “deixar de esclarecer adequadamente os propósitos, riscos, custos e alternativas do tratamento”; e “opor-se a prestar esclarecimentos e/ou fornecer relatórios sobre diagnósticos e terapêuticas, realizados no paciente, quando solicitados pelo mesmo, por seu representante legal ou nas formas previstas em lei” (CFO, 2012).

O dever de informação também é importante nas hipóteses de transferência do paciente para os cuidados de outro profissional. Como se trata de uma atividade em que a relação de confiança entre o profissional e o paciente é essencial, o artigo 5º, inciso V, do CEO confere ao dentista o direito de renunciar ao atendimento do paciente, durante o tratamento, quando da constatação de fatos que, a critério do profissional, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional. Nessas hipóteses, o Código de Ética Odontológica estabelece o dever do dentista de comunicar previamente, por escrito, sua decisão

ao paciente bem como de fornecer ao profissional que lhe suceder todas as informações necessárias para a continuidade do tratamento (CFO, 2012; Dias, 2016).

Ao lado do dever de informar, o dentista possui o direito-dever de sigilo quanto às informações prestadas pelos pacientes e também em relação às circunstâncias verificadas no caso concreto. O dever de sigilo tem por finalidade impedir a publicidade de certos fatos conhecidos pelo profissional, cuja desnecessária revelação violaria interesses extrapatrimoniais e patrimoniais dos pacientes (Dias, 2016).

O artigo 9º, incisos VIII e XV, respectivamente, do Código de Ética Odontológica, dispõe que é dever fundamental dos inscritos resguardar o sigilo profissional e a privacidade do paciente. Além dos dispositivos mencionados, o CEO possui todo um capítulo voltado ao sigilo profissional. Trata-se do Capítulo VI – Do sigilo profissional:

> Art. 14. Constitui infração ética:
> I - revelar, sem justa causa, fato sigiloso de que tenha conhecimento em razão do exercício de sua profissão;
> II - negligenciar na orientação de seus colaboradores quanto ao sigilo profissional; e,
> III - fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir paciente, sua imagem ou qualquer outro elemento que o identifique, em qualquer meio de comunicação ou sob qualquer pretexto, salvo se o cirurgião-dentista estiver no exercício da docência ou em publicações científicas, nos quais, a autorização do paciente ou seu responsável legal, lhe permite a exibição da imagem ou prontuários com finalidade didático-acadêmicas (CFO, 2012).

A quebra do sigilo profissional, conforme dispõe o artigo 14, parágrafo único, somente é autorizada em hipóteses de justa causa, como no caso de notificação compulsória de enfermidade, colaboração com a justiça em casos previstos em lei, perícias odontológicas nos seus exatos limites, em estrita defesa de interesse legítimo dos profissionais e em revelação de fato sigiloso ao responsável pelo incapaz (CFO, 2012).

Por fim, também é dever do dentista utilizar técnicas atuais e adequadas no exercício de sua profissão. O artigo 9º, inciso VI, do CEO dispõe que é dever fundamental dos inscritos: "manter atualizados os conhecimentos profissionais, técnico-científicos e culturais, necessários ao pleno desempenho do exercício profissional". Por sua vez, o artigo 11 dispõe que constitui infração ética: "V - executar ou propor tratamento desnecessário ou para o qual não esteja capacitado; [...] X - adotar novas técnicas ou materiais que não tenham efetiva comprovação científica" (CFO, 2012).

Embora o Código de Ética Odontológica, em seu artigo 5º, inciso I, garanta ao dentista o direito de diagnosticar, planejar e executar tratamentos, com liberdade de convicção, as prestações que devem ser cumpridas pelo profissional no exercício de sua atividade possuem um caráter técnico já definido e regulado pelas normas da profissão. Incluem-se aqui um correto

procedimento de diagnóstico, destinado a evitar tratamentos equivocados ou desnecessários. (Dias, 2016).

Grande parte dos processos que atingem os cirurgiões-dentistas originam-se em um diagnóstico insuficiente ou incorreto. A atualização profissional é um fator decisivo na questão do erro de diagnóstico, uma vez que o profissional que acompanha a evolução tecnológica tem menor chance de erro quando comparado com o profissional que utiliza métodos antiquados e equipamentos obsoletos. Compete ao cirurgião-dentista, manter-se sempre em condições de provar, se necessário, sua idoneidade, conhecimento, capacidade técnica, dedicação ao paciente e organização (Medeiros; Coltri, 2014).

2.4.2.1 Penalidades administrativas

O artigo 51 afirma que os preceitos do Código de Ética Odontológica são de observância obrigatória e sua violação sujeitará o infrator e quem, de qualquer modo, com ele concorrer para a infração, ainda que de forma indireta ou omissa, às seguintes penas previstas no artigo 18 da Lei nº 4.324, de 14 de abril de 1964:

> I - advertência confidencial, em aviso reservado;
> II - censura confidencial, em aviso reservado;
> III - censura pública, em publicação oficial;
> IV - suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias; e,
> V - cassação do exercício profissional *ad referendum* do Conselho Federal (CFO, 2012).

Salvo nos casos de manifesta gravidade e que exijam aplicação imediata de penalidade mais grave, a imposição das penas obedecerá à gradação do artigo 51. Avalia-se a gravidade pela extensão do dano e por suas consequências (CEO, art. 52).

Pelo artigo 53 do CEO considera-se de manifesta gravidade, entre outros: acobertar ou ensejar o exercício ilegal ou irregular da profissão; ultrapassar o estrito limite da competência legal de sua profissão; manter atividade profissional durante a vigência de penalidade suspensiva; exercer ato privativo de profissional da odontologia, sem estar para isso legalmente habilitado; praticar ou ensejar atividade que não resguarde o decoro profissional; ofertar serviços odontológicos de forma abusiva, enganosa, imoral ou ilegal; ofertar serviços odontológicos em sites de compras coletivas ou similares (CFO, 2012).

> Art. 55. São circunstâncias que podem agravar a pena:
> I - a reincidência;
> II - a prática com dolo;

> III - a inobservância das notificações expedidas pela fiscalização, o não comparecimento às solicitações ou intimações do Conselho Regional para esclarecimentos ou na instrução da ação ética disciplinar;
> IV - qualquer forma de obstrução de processo;
> V - o falso testemunho ou perjúrio;
> VI - aproveitar-se da fragilidade do paciente; e,
> VII - cometer a infração com abuso de autoridade ou violação do dever inerente ao cargo ou função.

Conforme artigo 56, "são circunstâncias que podem atenuar a pena: I - não ter sido antes condenado por infração ética; II - ter reparado ou minorado o dano; e, III - culpa concorrente da vítima" (CFO, 2012).

Além das penas disciplinares previstas, também poderá ser aplicada pena pecuniária a ser fixada pelo Conselho Regional, arbitrada entre 1 (uma) e 25 (vinte e cinco) vezes o valor da anuidade. O profissional condenado por infração ética à pena disciplinar combinada com multa pecuniária, também poderá ser objeto de reabilitação, na forma prevista no Código de Processo Ético Odontológico (CFO, 2012).

2.4.3 Exercício ilegal da Odontologia

O direito de exercer uma determinada profissão é estabelecido pela Constituição Federal que dispõe, em seu artigo 5º, inciso XIII: "É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". O princípio constitucional de pleno exercício de uma profissão não é garantia para que qualquer um possa exercê-la livremente, mas o direito de exercê-la desde que se atenda ao estabelecido na lei, ou seja, possuir autorização, competência e legitimidade (Brasil, 1988; Silva; Sales-Peres, 2009).

No caso da Odontologia, o exercício ilegal configura infração ética prevista em diversos dispositivos do Código de Ética Odontológica, tais como: propor ou executar tratamento fora do âmbito da odontologia (art. 11, XIV), ser conivente com o exercício irregular ou ilegal da odontologia (art. 13, IV), fazer qualquer intervenção fora do âmbito legal da odontologia no âmbito hospitalar (art. 28, I). Além disso, o artigo 9º, inciso XVII afirma que constitui dever fundamental dos inscritos comunicar aos Conselhos Regionais sobre atividades que caracterizem o exercício ilegal da Odontologia (CFO, 2012).

No entanto, o exercício ilegal da profissão também configura-se como crime, conforme previsão expressa no artigo 282 do Código Penal: "Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os

limites. Pena - detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa" (Brasil, 1940).

'Exercer' é praticar de forma reiterada, habitual, os atos privativos do cirurgião-dentista. A expressão 'ainda que a título gratuito' deixa claro que para existir o crime não é necessária a remuneração, no entanto, quando existe a finalidade de lucro, aplica-se também a multa. A falta de autorização legal caracteriza-se pela inexistência do título idôneo e os respectivos registros legais (Silva; Sales-Peres, 2009).

Pela análise do artigo 282 do Código Penal pode-se afirmar que o exercício ilegal da profissão comporta duas modalidades: na primeira, o sujeito pratica atos próprios de profissional, porém sem autorização legal; na segunda, embora capacitado legalmente, excede os limites da própria profissão (Silva; Sales-Peres, 2009).

Se tratando de um cirurgião-dentista, podemos enumerar as seguintes condições em que é considerado ilegal o exercício da profissão: 1) após ter concluído o curso sem ter recebido o diploma; 2) após ter recebido o diploma sem proceder aos registros exigidos por lei; 3) quando diplomado por escola estrangeira, exerce a sua atividade profissional no Brasil sem proceder à revalidação do diploma e aos registros que se fizerem necessários; 4) tendo sido apenado com suspensão do exercício profissional, continuar exercendo sua atividade odontológica durante o período de suspensão; 5) tendo se transferido para outro Estado sem providenciar, dentro do prazo de 90 dias, a transferência de sua inscrição para o Conselho Regional sob cuja jurisdição passou a atuar; 6) praticar intervenção fora da área de atuação de competência do cirurgião-dentista (Silva; Sales-Peres, 2009).

Além das formas mencionadas que dizem respeito exclusivamente a cirurgiões-dentistas, as atividades de indivíduos que não possuam a formação em cursos regulares de odontologia e que estejam executando serviços que sejam exclusivos de cirurgião-dentista ou alegando serem cirurgiões-dentistas também se configuram como exercício ilegal da profissão (Silva; Sales-Peres, 2009).

Ainda em relação ao Código Penal, dois outros aspectos são enquadrados como atividade ilícita. Um deles é o charlatanismo, previsto no artigo 283: "Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível: Pena - detenção de três meses a um ano, e multa". Segundo Menezes, citado por Silva e Sales-Peres (2009), charlatão não é aquele que se aventura ao exercício de uma profissão de saúde sem habilitação profissional, não é sinônimo de empírico ou falso profissional, mas sim aquele que usa de mentira, de falsidade, agindo de maneira inescrupulosa para enganar seus pacientes. É o explorador da boa-fé do povo, impostor, trapaceiro. O charlatanismo pode configurar-se pelo diagnóstico falso ou exagerado, pela

realização de intervenções desnecessárias, pela garantia de cura, pela exploração mercantilista da publicidade, dentre outros.

O outro aspecto da atividade ilícita é o curandeirismo, previsto no artigo 284 do Código Penal. Constitui crime exercer o curandeirismo prescrevendo, administrando ou aplicando habitualmente qualquer substância; usando gestos, palavras ou qualquer outro meio; fazendo diagnósticos. A pena é a detenção de seis meses a dois anos, e se o crime é praticado mediante remuneração, o agente também fica sujeito a multa (Brasil, 1940).

A Lei das Contravenções Penais também se refere ao exercício ilegal da profissão, no que concerne à organização da atividade laborativa: "Art. 47 - Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício. Pena: prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa" (Brasil, 1941).

O que se procura evitar através da sanção penal é que a saúde pública venha a ser ameaçada por pessoas não-qualificadas e incompetentes, sendo suficiente apenas o perigo para configurar o crime, não exigindo-se para isso que a lesão ou o prejuízo venha a se consumar (Silva; Sales-Peres, 2009).

2.4.4 Outros crimes previstos no Código Penal

Na esfera penal, o cirurgião-dentista também pode ser indiciado, além do exercício ilegal da profissão por: violação do sigilo profissional (CP, art. 154), falsidade ideológica (CP, art. 299), falsidade de atestado médico (CP, art. 302), estelionato (CP, art. 171), lesões corporais (CP, art. 129) e o homicídio (CP, art. 121) (Almeida *et al*., 2017).

A violação de segredo profissional ocorre quando o cirurgião-dentista revela, sem justa causa, fato relacionado ao paciente de que tenha conhecimento em razão de sua profissão, e cuja revelação pode produzir dano a outrem. No entanto, importante destacar que a confidencialidade desse segredo não é absoluta. A quebra do sigilo pode ocorrer mediante o consentimento do paciente, de seu representante legal ou sob o amparo da legislação, nas situações de justa causa, que estão elencadas no Código de Ética Odontológica, conforme visto (Almeida *et al*., 2017).

A falsidade ideológica consiste em "omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante". Aplica-se quando o profissional emite um documento com

informações ilegítimas, as quais não pode comprovar. Destaca-se que é dever do profissional atestar apenas fatos verdadeiros, vivenciados em sua prática clínica. Além disso, também pode se enquadrar no crime de falsidade de atestado médico, previsto no artigo 302 do Código Penal: "Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso" (Brasil, 1940; Almeida *et al*., 2017).

Já o crime de estelionato ocorre com a obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro. Na odontologia verifica-se vantagem ilícita, quando o profissional negocia com o paciente um determinado tratamento e executa outro de qualidade inferior (Almeida *et al*., 2017).

A lei penal versa também sobre as lesões corporais durante a prática profissional, na modalidade culposa, podendo o cirurgião-dentista ser acionado na seguinte situação: se da prática odontológica resultar ofensa à integridade física do paciente. Há ainda, porém fortuita, a possibilidade de enquadramento no crime de homicídio na modalidade culposa (Almeida *et al*., 2017).

No entanto, é importante lembrar que a atividade odontológica é invasiva e faz uso de instrumental cortante, contundente e corto-contundente que podem ocasionar lesões. Contudo, os danos produzidos, frequentemente, são inerentes ao tratamento realizado e devem ser esclarecidos aos paciente, considerando o risco de responder por omissão. O artigo 23 do Código Penal afirma que não há crime quando o agente pratica qualquer procedimento no exercício regular de direito, desde que efetuado de acordo com o que exige a profissão (Almeida *et al*., 2017; Brasil, 1940).

3 CONDUTAS PARA EVITAR A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS CIRURGIÕES-DENTISTAS NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS

Diferentes pesquisas têm apontado um crescimento de demandas judiciais contra cirurgiões-dentistas. A fim de se evitar a responsabilização civil, o profissional deve adotar condutas de uma prática clínica de baixo risco, também chamada de odontologia defensiva, que abrange, dentre outras condutas, uma atuação ética e zelosa, tratamentos embasados em primados científicos, além de uma documentação clínica completa e adequada (Paradela, 2019).

Em ações cíveis, os registros odontológicos são a principal evidência do tratamento realizado pelo cirurgião-dentista. Esta documentação, quando feita de maneira adequada, apresenta evidências suficientes para esclarecer todas as questões pertinentes ao caso. Assim, além de conhecer a legislação, o profissional deve exercer a odontologia defensivamente para facilitar sua defesa em uma eventual demanda judicial (Paradela, 2019).

3.1 DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA

Os documentos odontológicos são um conjunto de declarações firmadas pelo profissional e pelo paciente, no âmbito clínico, que podem ser utilizados com finalidade jurídica, como meio de prova. A obrigatoriedade desses documentos consta no Código de Ética Odontológica, em previsão expressa no artigo 17: "É obrigatória a elaboração e a manutenção de forma legível e atualizada de prontuário e a sua conservação em arquivo próprio seja de forma física ou digital" (Amorim *et al*., 2016; CFO, 2012).

Os documentos odontológicos dividem-se em documentos fundamentais e documentos suplementares. Os documentos fundamentais são os que deverão ser preenchidos em todo atendimento prestado ao paciente, sendo constituído da ficha clínica e dos seus anexos. Os documentos suplementares por sua vez são aqueles cuja necessidade pode surgir durante o atendimento ao paciente, do qual fazem parte as receitas, os atestados, os exames complementares. Tanto os documentos fundamentais quanto os suplementares compõe o prontuário odontológico (Amorim *et al*., 2016).

3.1.1 Prontuário odontológico

O prontuário odontológico é a ferramenta que o cirurgião-dentista dispõe para registrar todas as informações relacionadas ao paciente e aquelas pertinentes ao tratamento, sendo obrigatória a sua elaboração, guarda e atualização. É no prontuário que ficam registrados o diagnóstico, o plano de tratamento, eventuais intercorrências que possam ocorrer durante os procedimentos, possibilitando assim, o acompanhamento da evolução do paciente. Fichas clínicas, radiografias e modelos são exemplos de documentos que o compõe (Almeida *et al*., 2017; Pinheiro *et al*., 2021).

O prontuário é considerado o principal instrumento de defesa na análise de responsabilização profissional, pois caso possua informações claras e completas, demonstrará como foi a conduta profissional. Tem, assim, a função de comprovar, a qualquer tempo, que o profissional zelou pelos cuidados com a saúde do paciente dentro dos princípios preconizados pela ciência odontológica, além de representar o mais importante veículo de comunicação entre os membros da equipe de saúde responsável pelo atendimento ao paciente (Almeida *et al*., 2017; Pinheiro *et al*., 2021).

Para que possa produzir os resultados legais desejados é fundamental que seja elaborado cumprindo requisitos administrativos, éticos e legais, pois uma falha nesse processo pode comprometer sua validade. Um prontuário adequado deve conter todas as informações relevantes ao diagnóstico e ao tratamento. Além da correta elaboração, há também a necessidade de armazenamento apropriado e guarda do prontuário por tempo indeterminado, para que as informações sejam preservadas. A posse do prontuário é do paciente e sua guarda deve ficar a cargo do profissional, que é o responsável pela sua produção (Almeida *et al*., 2004; Almeida *et al*., 2017).

O Código de Ética Odontológica em seu artigo 18, inciso I, dispõe como dever do profissional garantir ao paciente ou ao responsável legal acesso ao seu prontuário, sempre que solicitado, sendo permitido fazer cópia do documento, mediante recibo de entrega. Quando o paciente arcar com os custos de exames complementares, terá direito de manter em sua posse os documentos originais. Entretanto, a cópia desses documentos deverá ser mantida nos arquivos do profissional. Todos esses dados são sigilosos por lei. (Amorim *et al*., 2016).

3.1.1.1 Ficha clínica

Sabendo da importância do correto preenchimento da ficha clínica, o Conselho Federal de Odontologia disponibiliza em seu site um modelo que pode ser adaptado à realidade de cada profissional. A ficha clínica representa um documento clínico, cirúrgico, odontolegal e de saúde pública que contém registros sobre as condições bucais, planejamento dos atendimentos, tratamentos realizados, entre outras informações, portanto, um instrumento imprescindível para a prática odontológica (Almeida *et al*., 2004; Almeida *et al*., 2017).

A ficha clínica deve se constituir das seguintes partes: identificação do profissional e do paciente, anamnese, exame clínico, plano de tratamento, evolução e intercorrências do tratamento. O artigo 17, parágrafo único, do Código de Ética dispõe: "Os profissionais da Odontologia deverão manter no prontuário os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, nome, assinatura e número de registro do cirurgião-dentista no Conselho Regional de Odontologia" (Amorim *et al*., 2016; CFO, 2012).

3.1.1.1.1 Identificação do profissional e do paciente

Deve constar em todos os impressos o nome do profissional, o nome da profissão (cirurgião-dentista), e o número de inscrição no Conselho Regional de Odontologia. Poderão constar ainda outras informações, a critério do profissional, respeitando-se as disposições do Código de Ética Odontológica (Almeida *et al*., 2004).

A Ficha Clínica é o documento onde o cirurgião-dentista anota os dados referente a identificação do paciente. Legalmente, para a sua correta identificação, são necessárias as seguintes informações: nome completo, nacionalidade, naturalidade, estado civil, sexo, data de nascimento, profissão, endereço residencial e profissional completos, documento de identidade e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas. Ressalta-se que se o paciente for menor, deverão constar também os dados do responsável (Almeida *et al*., 2004; Amorim *et al*., 2016).

A indicação também deverá ser registrada, isto é, a forma que levou o paciente a chegar até o profissional. Em casos de pacientes atendidos através de convênios e credenciamentos, é pertinente que sejam anotados os dados relativos à empresa mantenedora e o número de identificação do segurado. Também deve ser realizado o registro dos nomes dos profissionais

que atenderam o paciente anteriormente, assim como a data e o local do atendimento, se possível (Amorim *et al*., 2016).

3.1.1.1.2 Anamnese

Ao chegar ao consultório odontológico pela primeira vez, o paciente traz um histórico de saúde desconhecido pelo cirurgião-dentista, e é através da anamnese que se pode identificar sua história médica e odontológica, atuais e pregressas, e assim, portanto, obter o conhecimento das condições de saúde que necessitam de cuidados específicos e que poderão interferir na condução do tratamento odontológico (Almeida *et al*., 2004).

A anamnese, por se constituir de um conjunto de informações referentes ao histórico médico e odontológico do paciente, deverá conter as seguintes informações:

a) queixa principal e evolução da doença atual: é o motivo pelo qual o paciente procura o cirurgião-dentista. O profissional deve obter, nesse momento, o maior número de informações possível e registrá-las no prontuário, da mesma forma que o paciente relatou;

b) questionário de saúde: deve conter perguntas relacionadas ao estado de saúde geral do paciente, no passado e no presente. É importante que o cirurgião-dentista utilize uma linguagem clara e compatível com o nível cultural do paciente. Questionar sobre doenças pregressas e atuais como: hipertensão arterial, problemas respiratórios, cardiopatias, nefropatias, discrasias sanguíneas, distúrbios neurológicos, doenças sexualmente transmissíveis, diabetes, existência de algum tipo de alergia, tratamento prévio com radioterapia, gravidez, uso de medicamentos e outras informações que o cirurgião-dentista julgue necessário;

c) questionário de saúde bucal: relacionado a hábitos, dieta, métodos de higienização, tabagismo, alcoolismo, abuso de drogas e experiências anteriores;

d) questionário sobre a história familiar: obter informações sobre doenças genéticas, hereditárias e transmissíveis (Almeida *et al*., 2004).

É de grande importância que o profissional obtenha através desse questionário o maior número de informações possível, visando estabelecer um correto planejamento terapêutico e um prognóstico favorável (Almeida *et al*., 2004).

A anamnese deve, portanto, ser realizada de maneira bastante detalhada, com a finalidade de constar os verdadeiros problemas de saúde do paciente, pois as informações

coletadas é que nortearão o diagnóstico da doença/condição e as possibilidades de tratamento que sejam mais eficientes para a resolução do caso. Deve ser feita de forma clara, com linguagem simples, evitando-se a utilização de termos técnicos, devendo ser assinada ao final pelo paciente ou por seu representante legal, a fim de atestar a veracidade das informações prestadas, como forma de isentar o dentista da responsabilidade de problemas que venham a surgir pela falta de informações, ou seja, pela omissão do paciente (Almeida *et al*., 2004; Medeiros; Coltri, 2014).

3.1.1.1.3 Exame clínico

O exame clínico normalmente é realizado após a anamnese, com o objetivo de analisar os sinais presentes. Todas as informações encontradas e que forem relevantes do ponto de vista terapêutico, devem ser anotadas. Em odontologia, o exame clínico se divide em extra oral e intra oral, possibilitando a identificação dos sinais e sintomas das alterações dentais, bucais e sistêmicas. É baseado nos princípios da inspeção, palpação, percussão, auscultação e, em alguns casos, olfação. É dever do cirurgião-dentista observar o paciente sistemicamente, como um todo, e não se limitar apenas à análise dos elementos dentais isoladamente (Amorim *et al*., 2016).

Durante o exame clínico extra oral, verificam-se sinais vitais (temperatura, pulso, pressão arterial, saturação), alterações na pele (cor, textura, lesões), forma do crânio, simetria facial, palpação dos linfonodos, glândulas salivares, ATM (estalos, deslizamentos, dor), olhos, nariz e pescoço. Já o exame intra oral consiste na avaliação das estruturas dentais, de suporte e tecidos moles. Examina-se as mucosas labial e bucal, palato, orofaringe, assoalho da boca, língua, gengiva, dentes e oclusão, devendo essas informações ser registradas em um odontograma (Amorim *et al*., 2016).

O odontograma consiste da representação gráfica dos elementos dentários, sendo preconizada a utilização de dois deles, um incluindo a condição de saúde bucal do paciente antes do tratamento e o outro, após sua conclusão, contendo a descrição detalhada de cada elemento dentário com o tratamento executado (Amorim *et al*., 2016).

Alguns autores defendem que a descrição de dente por dente é aquela que melhor se adapta às necessidades éticas e legais. Justificam que esse registro, em conjunto com as anotações completas, apuradas e por extenso da evolução do tratamento e das intervenções

clínico-cirúrgicas realizadas, cumprem as normas exigidas clínica, administrativa e legalmente (Amorim *et al*., 2016).

3.1.1.1.4 Plano de tratamento

Os pacientes precisam receber informações sobre as diversas possibilidades de tratamento para o seu caso, até mesmo sobre aquelas que o profissional não executa, mas que podem ser realizadas por outros especialistas. Assim, o paciente deve escolher entre todas as opções de tratamento possíveis aquela que lhe for mais conveniente depois de minuciosa explicação das vantagens e desvantagens de cada opção de tratamento (Almeida *et al*., 2017; Amorim *et al*., 2016).

É importante deixar explícito no documento todas as opções de tratamento possíveis e indicadas, para que o paciente exerça sua autonomia na escolha da opção que melhor se adapta a sua condição. Assim, o plano de tratamento deve especificar os procedimentos a serem realizados, a técnica envolvida e o material a ser utilizado. Após o registro dessas informações, o paciente ou seu responsável legal deverá assinar o consentimento livre e esclarecido (Almeida *et al*., 2017; Amorim *et al*., 2016).

O Código de Defesa do Consumidor afirma em seu artigo 6º, inciso III, ser direito fundamental do consumidor a obtenção de "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem" (Brasil, 1990).

O Código de Ética Odontológica também impõe ao cirurgião dentista o dever de manter informado o seu paciente nas mais diversas situações. O artigo 11, inciso IV, dispõe que "deixar de esclarecer adequadamente os propósitos, riscos, custos e alternativas do tratamento" constitui infração ética (CFO, 2012).

3.1.1.1.5 Evolução e intercorrências do tratamento

Neste item deverão ser anotados, de forma clara, todos os passos do tratamento executado, com descrição dos elementos dentários, regiões/faces envolvidas e os materiais utilizados. Os casos de intercorrências durante a execução do tratamento, alterações no plano de tratamento proposto inicialmente, falta às consultas e outras orientações dadas, também

deverão estar anotados. Todas essas anotações devem ser acompanhadas da assinatura do paciente ou de seu representante legal (Amorim *et al*., 2016).

3.1.1.2 Prescrições

De acordo com a determinação instituída pela Lei 5.081/66, que conforme visto regulamenta o exercício da odontologia no país, em seu artigo 6º, inciso II, dispõe que o cirurgião-dentista tem competência para fazer prescrições e utilizar produtos farmacêuticos de uso interno e externo, indicados em odontologia. As receitas são consideradas documentos pertencentes ao prontuário odontológico, cuja cópia deverá ser anexada ao prontuário do paciente (Amorim *et al*., 2016).

A prescrição medicamentosa deve ser clara, redigida em letra legível, conter o nome genérico da droga, bem como a sua apresentação, dose e posologia. Além de estar dentro da técnica propedêutica correta, para que a receita tenha valor legal, deve possuir o nome completo do paciente, a data, assinatura e carimbo do profissional, não esquecendo que todo o espaço em branco deve ser anulado para evitar alterações (Almeida *et al*., 2004).

O Código de Ética Odontológica, em seu artigo 18, incisos IV e VII, respectivamente, afirma que constitui infração ética: comercializar prescrições de especialidades farmacêuticas; e receitar de forma secreta ou ilegível, sem a devida identificação, inclusive com o número de registro no Conselho Regional de Odontologia na sua jurisdição, bem como assinar em branco, folhas de receituários ou quaisquer outros documentos odontológicos (CFO, 2012).

O cirurgião-dentista deve considerar alguns aspectos que não podem ser negligenciados na prescrição ao paciente: o aspecto cultural - pois muitas vezes, o paciente é leigo acerca das informações referentes à terminologia odontológica, portanto cabe ao profissional ter cuidado com a forma da escrita, linguagem oral e detalhes sobre o uso do medicamento; o aspecto econômico - o profissional deve considerar os medicamentos com custo mais apropriado ao poder aquisitivo do paciente; e o aspecto científico, é imprescindível que o cirurgião-dentista conheça os aspectos farmacológicos de todo o medicamento que prescreve (Almeida *et al*., 2004).

3.1.1.3 Atestados

O atestado odontológico é uma declaração particular, sucinta e por escrito, em que o cirurgião-dentista declara que o paciente esteve sob seus cuidados profissionais, implicando em providências em nível administrativo e judiciário, relacionadas ao paciente. Segundo a Lei nº 5.081/66, artigo 6º, inciso III: "Compete ao cirurgião-dentista, atestar, no setor de suas atividades, estados mórbidos e outros, inclusive para justificativa de falta ao emprego" (Amorim *et al*., 2016; Brasil, 1966).

Para que o atestado cumpra suas finalidades legais, ele deve ser redigido de forma simples, contendo a identificação do paciente, a finalidade para o qual foi expedido (evitando-se utilizar o termo "devidos fins"), o horário e a data em que o paciente foi atendido. É preciso fazer esses documentos em duas vias, sendo que uma delas sempre deverá ser arquivada ao prontuário do paciente (Amorim *et al*., 2016).

Se houver necessidade de revelação do diagnóstico, por solicitação do paciente, deve-se utilizar o CID-10 (Classificação Internacional das Doenças), solicitando a assinatura do paciente, assentindo com a publicidade de seu diagnóstico, evitando-se dessa forma a infração ética por revelação de sigilo profissional. Os acompanhantes também podem precisar de atestado, nestes casos, deve-se emitir uma declaração de comparecimento. No final do atestado ou da declaração de comparecimento, coloca-se o local e a data de expedição, a assinatura do cirurgião-dentista, nome do profissional e número do registro no Conselho Regional de Odontologia (Amorim *et al*., 2016).

A autenticidade dos fatos é crucial na elaboração dos documentos, pois, conforme visto, a emissão de atestado odontológico falso atribui ao cirurgião-dentista o crime de falsidade ideológica (CP, art. 299) e falsidade de atestado médico (CP, art. 302), ficando o profissional sujeito as sansões penais cabíveis (Amorim *et al*., 2016).

No mesmo sentido, também o Código de Ética Odontológica, em seu artigo 18, incisos III, IV e VII afirma constituir infração ética, respectivamente: expedir atestados e declarações sem ter praticado ato profissional que o justifique, que seja tendencioso ou que não corresponda à verdade; comercializar atestados odontológicos; e atestar ou declarar de forma secreta ou ilegível, sem a devida identificação, inclusive com o número de registro no Conselho Regional de Odontologia, bem como assinar em branco, folhas de atestados ou quaisquer outros documentos odontológicos (CFO, 2012).

3.1.1.4 Exames complementares

Na rotina do consultório odontológico, a radiografia é o exame complementar mais utilizado pelo cirurgião-dentista. No entanto, para que esse exame possa produzir os efeitos legais desejados, em processos ético-administrativos ou judiciais, é imprescindível que sejam processadas corretamente, identificadas e bem arquivadas. As radiografias constituem-se como importante meio de prova para a constatação da qualidade dos tratamento realizados (Amorim *et al*., 2016).

Os exames laboratoriais são importantes instrumentos de auxílio clínico para a definição da conduta terapêutica, sendo um dos indicadores do estado de saúde do paciente, o que auxilia o planejamento do atendimento odontológico dos pacientes com suspeitas de alguma alteração sistêmica. Os exames laboratoriais, quando bem indicados, colaboram para a tomada de decisão do cirurgião-dentista, pois o profissional pode prevenir situações de infecções secundárias, hemorragias além de outras complicações no tratamento odontológico. Quando solicitados, devem ser arquivados e seus achados devem ser anotados na parte relativa à evolução do tratamento, para que possam ser vistos sempre que necessário (Amorim *et al*., 2016).

Os modelos de estudo e de trabalho utilizados em certas especialidades também deverão ser arquivados e seus achados anotados na parte de evolução do tratamento, por finalidade de consulta quando se fizer necessário. Este material poderá ser utilizado para comprovar o diagnóstico, correção do plano de tratamento e sua execução. As fotografias intra e extra orais também aparecem como um recurso fundamental na comprovação de questões relativas ao tratamento, devendo ser rotuladas, identificadas e arquivadas (Amorim *et al*., 2016).

3.1.2 Termo de consentimento livre e esclarecido

O termo de consentimento livre e esclarecido é o documento que tem como função informar ao paciente todas as circunstâncias que possam influir na sua decisão, incluindo os propósitos, riscos, custos, duração e alternativas do tratamento, bem como as vantagens e desvantagens das técnicas empregadas. De acordo com o artigo 6º, inciso III, do CDC, é direito básico do consumidor "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem". Da mesma forma, o Código de Ética Odontológica, dispõe em seu artigo 11, inciso IV, que constitui infração ética: "deixar de

esclarecer adequadamente os propósitos, riscos, custos e alternativas do tratamento" (Brasil, 1990; CFO, 2012; Pinheiro *et al*., 2021).

A exigência de consentimento informado por parte do dentista só é dispensada nos casos de urgência odontológica. Nestas hipóteses, a doutrina afirma que a legitimidade da atuação do profissional decorre do consentimento presumido do paciente. O Código de Ética Odontológica, em seu artigo 11, inciso X, dispõe que constitui infração ética: "iniciar qualquer procedimento ou tratamento odontológico sem o consentimento prévio do paciente ou do seu responsável legal, exceto em casos de urgência ou emergência", e estabelece, no inciso VII, que: "deixar de atender paciente que procure cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro cirurgião-dentista em condições de fazê-lo" também constitui violação do CEO (CFO, 2012; Dias, 2016).

O termo de consentimento informado é um acordo entre o paciente e o profissional, que permite ao paciente ter conhecimento dos riscos e benefícios do seu tratamento. Além disso, serve como prova para o profissional de que o paciente consentiu com a realização do tratamento da forma proposta pelo cirurgião-dentista, após ter recebido todas as explicações e informações necessárias. Em razão dessa afirmação, o termo de consentimento deve ser formulado em linguagem simples e compreensiva, adequada ao nível sociocultural, incluindo apenas termos científicos necessários. Importante salientar que o paciente possui o direito de não ser tratado. Nesses casos, caberá ao cirurgião-dentista esclarecer sobre os riscos que ele correrá caso não se submeta ao tratamento odontológico necessário, seja de urgência ou eletivo, cirúrgico ou não (Pinheiro *et al*., 2021).

Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico, necessitando ser claramente individualizado. O dever de informar é dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil (Tartuce, 2023).

A indenização, nesses casos, poderá ser devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que ao final lhe causou danos que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente (Tartuce, 2023).

A informação é, portanto, o princípio básico para que o paciente possa fazer suas escolhas de modo consciente, por isso, é necessário o fortalecimento de vínculos de confiança, boa-fé e respeito mútuos. O termo de consentimento livre e esclarecido é um documento que

poderá evitar ou minimizar inúmeros conflitos quando devidamente realizado (Pinheiro *et al*., 2021).

3.1.3 Contrato de prestação de serviços odontológicos

O contrato que se estabelece entre o cirurgião-dentista e o paciente é normalmente verbal, e surge a partir do momento em que há a aceitação do tratamento por parte do paciente e quando há a sua execução pelo profissional. Portanto, não há que se falar em ausência de contrato, pois ele existe, apesar de não ser realizado de forma escrita. O contrato escrito de prestação de serviços odontológicos não é obrigatório (Onesti, 2008).

No entanto, mesmo não sendo um costume na prática e nas rotinas do cirurgião-dentista, é importante que qualquer relação contratual entre profissional e paciente seja formalizada por meio do contrato escrito, principalmente devido ao aumento do número de ações contra esses profissionais. A elaboração do contrato é uma forma de proteção tanto para o profissional quanto para o paciente (Amorin *et al*., 2016: Onesti, 2008).

No contrato de prestação de serviços odontológicos tem-se de um lado o paciente (contratante) e do outro o cirurgião-dentista (contratado). Ambas as partes deverão estar devidamente qualificadas no contrato. No caso de paciente menor, se faz necessária também a qualificação do responsável, assim como a especificação de seu vínculo com o menor (pai, mãe, tutor, curador), de maneira a garantir que o responsável realmente possa permitir a realização do tratamento (Onesti, 2008).

Nas obrigações decorrentes do contrato celebrado entre o profissional e o paciente estão: as obrigações do contratante (paciente ou seu responsável) - quais sejam, pagar o preço pelos serviços profissionais contratados e seguir as instruções e prescrições realizadas pelo cirurgião-dentista; e as obrigações do contratado (profissional) - quais sejam, desenvolver todos os esforços necessários ao diagnóstico das patologias orais que afligem o contratante, bem como prescrever as medicações e realizar as ações terapêuticas necessárias à cura ou a diminuição do seu sofrimento. O objeto jurídico nesses contratos é a própria prestação de serviços odontológicos (Onesti, 2008).

São obrigações do paciente: comparecer às consultas pontualmente; colaborar durante o tratamento; seguir completamente as orientações recebidas; portar-se com dignidade; comunicar imediatamente ao cirurgião-dentista qualquer fato relacionado ao tratamento. As obrigações impostas ao paciente são compostas por todas aquelas situações que podem alterar

o bom êxito do tratamento e o bom relacionamento profissional-paciente. É permitido, inclusive, que o profissional estipule o pagamento das consultas em que o paciente faltar ou chegar com atraso (Onesti, 2008).

São obrigações do profissional: aplicar todos os recursos e técnicas disponíveis para a solução dos procedimentos propostos e autorizados; resguardar o sigilo do paciente e suas informações; assumir a responsabilidade pelos serviços prestados (Onesti, 2008). Importante salientar que qualquer cláusula que exima o profissional de responsabilidade é nula, conforme dispõe o artigo 51, inciso I, do CDC:

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
> I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos [...] (Brasil, 1990).

Antes de celebrar o contrato escrito, é importante que o profissional estipule com o paciente quais serão os tratamentos realizados, já que a mudança de planos de tratamento não é permitida pela legislação consumerista. O artigo 51, incisos X e XIII, do Código de Defesa do Consumidor estabelece que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de serviços que permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; ou que autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração (Brasil, 1990; Onesti, 2008).

Da mesma forma, o Código de Ética Odontológica, em seu artigo 20, afirma constituir infração ética abusar da confiança do paciente submetendo-o a tratamento de custo inesperado. Assim, para evitar desentendimentos com o paciente, é recomendável fazer mais de um plano de tratamento, para que o paciente possa escolher o que mais se adequa às suas condições. E nos casos em que haja necessidade de mudanças pelos mais diferentes motivos, o paciente deverá ser, sempre, previamente consultado (CFO, 2012; Onesti, 2008).

O contrato de prestação de serviços poderá ser rescindido a qualquer tempo, por qualquer das partes, sem a necessidade de justificativas, através de comunicação por escrito. O término do contrato poderá ser requerido pelo profissional, por constituir, conforme artigo 5º, inciso V, do Código de Ética Odontológica, um direito fundamental dos inscritos:

> Art. 5º. [...]
> V - Renunciar ao atendimento do paciente, durante o tratamento, quando da constatação de fatos que, a critério do profissional, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional. Nestes casos tem o profissional o dever de comunicar previamente, por escrito, ao paciente ou seu responsável legal, fornecendo ao cirurgião-dentista que lhe suceder todas as informações necessárias para a continuidade do tratamento (CFO, 2012).

Nestes casos o profissional tem o dever de comunicar previamente o paciente ou seu responsável, assegurando a continuidade do tratamento e oferecendo todas as informações necessárias ao cirurgião-dentista que lhe suceder. Ainda assim, deve o profissional se precaver, de maneira a não configurar o abandono do paciente, podendo encaminhá-lo a pelo menos três outros profissionais, para que estes possam dar continuidade ao tratamento (Onesti, 2008).

Por outro lado, o abandono do tratamento, por parte do paciente, irá gerar a rescisão contratual, pelo escoamento do prazo, conforme artigo 607 do Código Civil:

> Art. 607. O contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do contrato mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior (Brasil, 2002).

O profissional deve estabelecer no contrato em que prazo se configurará esse abandono, para evitar a acusação de ter ele abandonado o paciente. Diante disso, recomenda-se que o cirurgião-dentista comunique o paciente quanto a situação de abandono do tratamento odontológico através da emissão de cartas registradas com aviso de recebimento (Onesti, 2008).

É de grande importância a garantia contratual na odontologia, não podendo se confundir com a garantia legal. A garantia contratual é aquela descrita no contrato, que poderá gerar uma responsabilidade de meio ou de resultado. Assim, o cirurgião-dentista, pela condição particular de fornecedor de serviços em saúde, deverá especificar em que consiste a garantia do tratamento odontológico em linhas gerais, que no caso deverá ser apenas a garantia de aplicação correta da técnica e dos materiais adequados ao caso, evitando-se assim, a obrigação de resultado (Onesti, 2008).

Com relação à garantia legal, que é aquela expressa na lei, os tratamentos odontológicos poderão ser refeitos, sem ônus adicional ao paciente, caso ocorram impropriedades técnicas dentro de 90 dias. Nesse sentido, dispõe o Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: [...]
> II – noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis. [...]
> § 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. [...]
> § 3ºTratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Em relação aos prazos prescricionais, dispõe o Código Civil, em seu artigo 206, § 3º, inciso V, que prescreve em três anos a pretensão de reparação civil; e em seu artigo 27 que prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço. Em relação aos profissionais liberais, prescreve em cinco anos a pretensão pelos

seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços ou da cessação do contrato (CC, art. 206, § 5º, II) (Brasil, 1990; 2002).

Importante ressaltar que para que o contrato produza seus efeitos legais, é necessário que ele seja assinado pelas partes que o constituem e também por duas testemunhas. Uma dúvida que normalmente surge é se a secretária do consultório odontológico poderia servir de testemunha. Como a testemunha tem apenas o dever de confirmar que o contrato não foi assinado sob coação, isto é, que existiu a livre manifestação das partes para a celebração do contrato, a secretária poderá sim figurar como testemunha (Onesti, 2008).

3.2 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Devem ser entendidas como causas excludentes de responsabilidade civil todas as circunstâncias que rompem o nexo causal, encerrando qualquer pretensão indenizatória. Se ninguém responde por um resultado a que não tenha dado causa, ganham especial relevo as causas de exclusão do nexo causal, também chamadas de exclusão de responsabilidade, que são casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente (Cavalieri Filho, 2023; Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Essa impossibilidade ocorre nas hipóteses de culpa exclusiva ou fato exclusivo da vítima; culpa exclusiva ou fato exclusivo de terceiro; caso fortuito e força maior.

3.2.1 Da culpa ou fato exclusivo da vítima

A culpa ou fato exclusivo da vítima é causa de exclusão do nexo causal, visto o evento danoso ter sido causado pura e simplesmente pelo próprio prejudicado. Isto é, não há qualquer contribuição causal do suposto agente causador do dano, que será mero instrumento do acidente. A exclusiva atuação culposa da vítima tem o condão de romper o nexo de causalidade, eximindo o agente da responsabilidade civil (Cavalieri Filho, 2023; Gagliano; Pamplona Filho, 2023; Tartuce, 2023).

A exclusão da responsabilidade do profissional por culpa exclusiva da vítima ocorre quando o dentista indicar determinado tratamento para o paciente, e este não seguir as recomendações do profissional (Colucci Neto, 2019). Apesar da falta de previsão expressa no Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor incluiu expressamente a culpa exclusiva do consumidor entre as causas exonerativas da responsabilidade do fornecedor de produtos (CDC,

art. 12, § 3º, III) e do prestador de serviços (CDC, art. 14, § 3º, II) (Brasil, 1990; Cavalieri Filho, 2023).

O direito italiano fala em relevância do comportamento da vítima para os fins do nexo causal. Portanto, para a interrupção do nexo causal basta que o comportamento da vítima represente o fato decisivo do evento. Assim, a vítima é quem deverá arcar com todos os prejuízos, pois o agente que causou o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo falar em nexo de causalidade entre a sua ação e o prejuízo (Cavalieri Filho, 2023; Diniz, 2023).

Segundo Cavalieri Filho (2023, p. 87) a boa técnica recomenda falar em fato exclusivo da vítima, ao invés de culpa exclusiva da vítima, deslocando-se o núcleo para o nexo causal, e não para a culpa. O fato exclusivo da vítima exclui o nexo causal em relação ao aparente causador direto do dano, "pelo que não se deve falar em simples ausência de culpa deste, mas em causa de isenção de responsabilidade".

Somente se houver atuação exclusiva da vítima haverá quebra do nexo causal. Havendo concorrência de culpas (ou causas) a indenização deverá, como regra geral, ser mitigada, na proporção da atuação de cada sujeito, conforme dispõe o artigo 945 do Código Civil: "Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano" (Brasil, 2002; Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

3.2.2 Da culpa ou fato exclusivo de terceiro

A culpa ou fato exclusivo de terceiro ocorre quando o evento danoso não foi causado nem pelo agente, nem pela vítima, mas por outra pessoa que com eles não mantém qualquer relação jurídica, de modo que, "se alguém for demandado para indenizar um prejuízo que lhe foi imputado pelo autor, poderá pedir a exclusão de sua responsabilidade se a ação que provocou o dano foi devida exclusivamente a terceiro". Assim, se a ação de terceiro causou o dano, esse será o único responsável pela reparação do prejuízo (Diniz, 2023, p. 49; Tartuce, 2023).

Segundo Cavalieri Filho (2023, p. 88):

> No entendimento unânime da doutrina e da jurisprudência, terceiro é alguém estranho ao binômio vítima e suposto causador do dano; qualquer pessoa que não guarde nenhum vínculo jurídico com o aparente responsável, cuja conduta tenha sido a causa exclusiva do resultado lesivo, afastando qualquer relação de causalidade entre a conduta do autor aparente e a vítima.

Conforme entendimento de Diniz (2023), para que ocorra a força exoneratória do fato de terceiro, é necessário: 1) um nexo de causalidade, sem que haja liame causal entre o aparente responsável e o prejuízo causado à vítima; 2) que o fato de terceiro não tenha sido provocado pelo ofensor, pois a responsabilidade dele se manterá se ele concorrer com a do terceiro; 3) que o fato de terceiro seja ilícito; 4) que o acontecimento seja normalmente imprevisível e inevitável, embora não seja necessária a prova de sua absoluta irresistibilidade e imprevisibilidade.

> O fato de terceiro só excluirá a responsabilidade quando for a causa exclusiva do evento, afastando qualquer relação de causalidade entre a conduta do agente aparente e a vítima. Por isso, o correto é falar em fato exclusivo de terceiro e não em fato de terceiro. Vale dizer, nem todo fato de terceiro é causa de exclusão de responsabilidade; somente aquele que por si só, exclusivamente considerado, romper o nexo causal entre o aparente agente e o dano sofrido pela vítima, dando origem a novo nexo causal. Em casos tais, o fato de terceiro, segundo a opinião dominante, equipara-se à força maior por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável (Cavalieri Filho, 2023, p. 88).

Como ocorre com o fato exclusivo da vítima, o fato exclusivo de terceiro é previsto expressamente como excludente do dever de indenizar do fornecedor de produtos e do prestador de serviços, conforme artigos 12 e 14 do Código Consumerista. E assim como no fato exclusivo da vítima, o fato exclusivo de terceiro é causa de exclusão do nexo causal e não da culpa. Por isso a boa técnica recomenda falar em fato exclusivo de terceiro ao invés de culpa exclusiva de terceiro. Se não obstante o fato de terceiro, a conduta do agente também concorre para o resultado, não haverá a exclusão de causalidade (Cavalieri Filho, 2023; Tartuce, 2023).

3.2.3 Caso fortuito e força maior

O caso fortuito e a força maior estão previstos na parte relativa ao inadimplemento das obrigações, precisamente no artigo 393 do Código Civil, que assim dispõe: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. Embora destinado à disciplina das obrigações, esse dispositivo, por consagrar um princípio geral do direito, é aplicável não só à responsabilidade contratual, como também à responsabilidade extracontratual (Brasil, 2002; Cavalieri Filho, 2023).

Há muita divergência no que se refere a diferença entre o caso fortuito e a força maior, mas nunca se chegou a um consenso sobre o assunto. O Código Civil, no artigo 393, parágrafo único, os considera sinônimos, na medida em que os caracteriza como sendo o fato necessário,

cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir. Ou seja, equiparou os institutos pelos seus efeitos (Cavalieri Filho, 2023).

No entanto, é certo que existem diferenças entre eles. O caso fortuito se caracteriza pelo evento totalmente imprevisível e, por isso, inevitável, decorrente de ato humano ou de evento natural. A força maior, por sua vez, constitui um evento previsível, mas inevitável ou irresistível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza (tempestades, enchentes, furacões etc.). No dizer dos ingleses é o *act of God*, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível (Cavalieri Filho, 2023; Tartuce, 2023).

Conforme ensina Cavalieri Filho (2023, p. 89):

> A imprevisibilidade é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a irresistibilidade o é da força maior. Entende-se por imprevisibilidade, a imprevisibilidade específica, relativa a um fato determinado, concreto, e não a genérica ou abstrata de que poderão ocorrer assaltos, acidentes, atropelamentos etc., porque se assim não for tudo passará a ser previsível. O caso fortuito é excludente de culpa. A irresistibilidade, por sua vez, decorre de fato superior às forças do agente ainda que previsível. Por isso fala-se em força maior quando se tratar de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação. É circunstância irresistível, externa, que impede o agente de ter a conduta devida para cumprir a obrigação a que estava obrigado. Ocorrendo a força maior a conduta devida fica impedida em razão de um fato não controlável pelo agente. A força maior é excludente de causalidade.

Feitas essas considerações, pode-se afirmar que na responsabilidade subjetiva basta o caso fortuito para excluir a responsabilidade, porque sendo o fato imprevisível, exclui-se a culpa, e sem culpa não há responsabilidade subjetiva. No que se refere a responsabilidade objetiva é preciso a força maior para excluir a responsabilidade porque, sendo fato irresistível, exclui o nexo causal. Na força maior há impossibilidade absoluta de se cumprir aquilo a que se obrigou (o dever jurídico originário), não há como impedir a ocorrência do evento danoso (Cavalieri Filho, 2023).

Diniz (2023, p. 49), sobre o caso fortuito, afirma que "sendo absoluto, por ser totalmente imprevisível ou irreconhecível com alguma diligência, de modo que não se poderia cogitar da responsabilidade do sujeito, acarreta extinção das obrigações, salvo se se convencionou pagá-los ou se a lei lhe impõe esse dever".

No que se refere a responsabilidade civil, a doutrina faz distinção entre fortuito interno e externo. Fortuito interno é o fato imprevisível que se liga à organização da empresa, que se relaciona com os riscos da atividade desenvolvida pelo prestador do serviços de tal forma que se torna impossível exercer essa atividade sem considerar esses riscos. O fortuito interno não

exclui a responsabilidade do fornecedor do serviços. Embora a sua ocorrência seja inevitável, as consequências são evitáveis, pelo menos em grande parte (Cavalieri Filho, 2023).

O fortuito externo também é fato imprevisível e inevitável, mas estranho à organização do negócio, não possui relação de causalidade com a atividade do fornecedor, é absolutamente estranho ao serviço, sendo que normalmente ocorre em momento posterior ao seu fornecimento. Possui duas características: autonomia em relação aos riscos da empresa e inevitabilidade, motivo pelo qual exclui a responsabilidade do fornecedor do serviço. Alguns autores denominam o fortuito externo de força maior (Cavalieri Filho, 2023).

Conforme o Enunciado n. 443 da V Jornada de Direito Civil: "O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida". Assim, é preciso relacionar o evento com a atividade desenvolvida pelo agente, isto é, com o risco do empreendimento, risco do negócio ou risco-proveito (CJF, 2012, p. 66; Tartuce, 2023).

Importante destacar que na responsabilidade objetiva, aquela que independe de culpa, fundada no risco da atividade, o fortuito interno não exclui a responsabilidade do transportador, do Estado e nem do fornecedor de produtos e serviços (Cavalieri Filho, 2023).

"Todas essas causas excludentes da responsabilidade civil deverão ser devidamente comprovadas e examinadas com cuidado pelo órgão judicante por importarem em exoneração do ofensor, deixando o lesado sem a composição do dano sofrido" (Diniz, 2023, p. 50).

3.3 SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL

Conforme artigo 757 do Código Civil: "Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados". O segurador é quem suporta o risco assumido mediante o recebimento do prêmio. A atividade do segurador é exercida por companhias especializadas, previamente autorizadas pelo Governo Federal, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 757: "Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada". Por sua vez, o segurado é quem tem interesse direto na conservação da coisa ou da pessoa, fornecendo uma contribuição periódica, que é o prêmio, em troca do risco que o segurador assume de indenizá-lo pelos danos sofridos (Brasil, 2002; Diniz, 2023).

O seguro de responsabilidade civil é o contrato pelo qual se transfere ao segurador as consequências de danos causados a terceiros pelos quais o segurado possa responder civilmente, mediante um prêmio. O seguro de responsabilidade garante uma obrigação, enquanto as outras formas de seguro garantem direitos reais ou pessoais. Trata-se de uma modalidade de seguro de grande importância para cobrir os riscos do exercício de algumas profissões, como a dos cirurgiões-dentistas (Cavalieri Filho, 2023; Diniz, 2023).

Conforme dispõe o artigo 787 do Código Civil: "No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro." O beneficiário é o próprio segurado, não se tratando de estipulação em favor de terceiro, isto é, o segurado não contrata o seguro em benefício da vítima, mas sim em benefício próprio, para não desfalcar o seu patrimônio. O dano causado no patrimônio do terceiro afeta diretamente o patrimônio do segurado, que, na ausência de seguro, terá de pagar uma soma com base no ato ilícito perpetrado por ele ou por seus dependentes (Brasil, 2002; Cavalieri Filho, 2023).

Os parágrafos do artigo 787 do Código Civil disciplinam ainda: a comunicação do fato ao segurador tão logo o segurado saiba das suas consequências; a proibição ao segurado de reconhecer sua responsabilidade, confessar, transigir com o terceiro prejudicado ou indenizá-lo diretamente sem a expressa anuência do segurador; ciência da lide ao segurador (Brasil, 2002).

O seguro de responsabilidade civil, hoje positivado como espécie do gênero seguro de dano, encontrou resistência por parte da doutrina na vigência do Código Civil de 1916, que repelia a concepção de um "seguro de culpa", por considerá-la atentatória à ordem pública. Atualmente, o artigo 762 do Código Civil de 2002 é expresso ao proibir apenas o seguro de dolo: "Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro" (Barbosa, 2016; Brasil, 2002; Cavalieri Filho, 2023).

Segundo Cavalieri Filho (2023, p. 528) "não seria admissível um seguro para dar cobertura aos danos causados por dolo, pois, além de conter causa ilícita, faltar-lhe-ia o elemento aleatório (imprevisível), que é elemento essencial do seguro". Tanto a doutrina quanto a jurisprudência não admitem cobertura para os danos de ato doloso por revestir-se de um princípio de ordem pública. A responsabilidade que pode ser segurada é apenas a do ato culposo.

Importante salientar que o seguro não se refere a responsabilidade, mas sim a reparação, por incidir sobre o aspecto econômico e não sobre o aspecto legal do fato. A culpabilidade do profissional liberal assegurado pelo seguro de responsabilidade civil, bem como a extensão real do dano suportado pela vítima devem restar evidenciadas, não podendo a previsão do artigo 6º,

inciso VI, do CDC, que trata do direito básico do consumidor à efetiva prevenção e reparação integral dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, servir de base para ampliar a responsabilização (Barbosa, 2016; Brasil, 1990).

Conforme visto, no artigo 757 do Código Civil, tem-se que o seguro é um contrato de caráter bilateral e comutativo, e não de pagamento eventual de indenização. Essa garantia servirá, quando da ocorrência dos riscos predeterminados, tanto para o segurado, visto que serão afastadas dele as consequências econômicas; quanto para o beneficiário, que terá a certeza de ser credor de pelo menos um devedor solvente, que é o segurador (Barbosa, 2016).

Segundo Barbosa (2016, p. 357) "se por um lado o seguro de responsabilidade civil funciona como mecanismo de preservação das forças produtivas, por outro se deve destacar que, de nenhuma forma, pode servir como fonte de enriquecimento ao segurado (princípio indenitário)". O artigo 778 do Código Civil dispõe: "Nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato [...]". O artigo 781 também dispõe que "A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador". E ainda, o artigo 782:

> Art. 782. O segurado que, na vigência do contrato, pretender obter novo seguro sobre o mesmo interesse, e contra o mesmo risco junto a outro segurador, deve previamente comunicar sua intenção por escrito ao primeiro, indicando a soma por que pretende segurar-se, a fim de se comprovar a obediência ao disposto no art. 778 (Brasil, 2002).

O regramento civil do seguro coaduna-se com a regra do artigo 944 do Código Civil, segundo o qual "a indenização mede-se pela extensão do dano" (Brasil, 2002).

Pode-se afirmar que o seguro de responsabilidade civil possui dupla função: evitar que a pessoa responsável torne-se ela própria outra vítima e garantir que o terceiro que sofreu a ofensa seja indenizado. Diante disso, a função reparadora da responsabilidade civil, passa a ser exercida não mais apenas pelo causador da ofensa, mas por meio de seguros privados, com a possibilidade de ação direta das vítimas, e por fundos de garantia (Barbosa, 2016).

3.3.1 O sinistro na atividade do profissional liberal

O sinistro se caracteriza pela ocorrência do fato capaz de gerar a dívida de responsabilidade civil, é a realização do acontecimento previsto no contrato. Na atividade do profissional liberal se caracterizará pelo ato danoso decorrente de erro ou culpa do segurado, abrangendo tanto a falta técnica como a falta informativa - que pode se dar por ausência de

informação ou por inobservância do dever de sigilo. “O sigilo pode causar violações à personalidade e mesmo ao patrimônio da vítima, seja sob a forma de lucros cessantes, seja sob a forma de danos emergentes ou mesmo perda de chance” (Barbosa, 2016, p. 368).

A partir do sinistro passa-se à verificação da existência de cobertura para o fato e qual a sua extensão. O pagamento ou o reembolso pela seguradora se dará após o trânsito em julgado da sentença judicial, após sentença arbitral da qual não caiba mais recurso ou após o acordo autorizado de modo expresso pela seguradora (Barbosa, 2016).

As causas de exclusão de cobertura encontram-se expressas na apólice de cada seguradora. Nos termos do artigo 757 do Código Civil, os riscos segurados são aqueles previamente determinados pelo segurador. “É somente por meio desta predeterminação que o mutualismo é viabilizado, mantendo-se intacto e protegido o equilíbrio do contrato e de todo o sistema” (Barbosa, 2016, p. 370).

Segundo Barbosa (2016, p. 371) entre as causas de exclusão de cobertura estão:

> erros ou omissões cometidos no exterior e/ou submetidos à jurisdição e/ou legislação estrangeiras; efetuadas fora da especialidade segurada; efetuadas por empregados; por erros ou omissões decorrentes de atos ilícitos dolosos ou culpa grave; reclamações decorrentes de assédio sexual; decorrentes de situações de guerra ou terrorismo; relacionadas a qualquer tipo de discriminação, por exemplo, racial ou sexual; relacionadas às recomendações ou indicações fornecidas via on-line/Internet ou similar, a não ser em casos específicos para pacientes já diagnosticados; decorrentes de roubo, extravio ou furto de bens de qualquer espécie pertencentes a terceiros, ainda que ocorridos no interior de clínicas ou consultórios sob controle e utilizados pelo segurado no exercício profissional.

A promessa de resultado é normalmente excluída da cobertura dos contratos de seguro de responsabilidade civil profissional. Havendo a indevida promessa por parte do profissional e sendo este demandado e condenado judicialmente pelo resultado, essa conduta do segurado afastará a responsabilidade da seguradora nesse ponto. Se além da promessa não cumprida, se somar um dano em decorrência de uma conduta culposa do profissional por violação de outra obrigação (seja de meio ou de resultado), a garantia do seguro permanece intacta, não sendo abrangida pela cláusula de exclusão. Isso porque há uma independência dos deveres e obrigações dos profissionais que devem ser analisados caso a caso (Barbosa, 2016).

Importante ressaltar que na responsabilidade civil dos profissionais liberais, destaca-se a falha comum quanto ao dever de informar, que gera responsabilidade mesmo que não haja qualquer outro “erro médico” ou falha na técnica (imperícia), uma vez que a falha informativa ou o fato oriundo do defeito de informação são uma negligência e uma imprudência por si só (Barbosa, 2016).

A relação que se estabelece entre seguradora, segurado e beneficiário se caracteriza como uma típica relação de consumo, na medida em que a seguradora é tida como fornecedora (CDC, art. 3º), e o segurado pode ser qualificado como consumidor (CDC, art. 2º). Como se aplica o CDC à relação segurado e segurador, a sua incidência também se dará na relação entre beneficiário e segurador. Diante disso, questões como a inversão do ônus da prova, assim como a solidariedade entre os agentes prestadores encontram amparo no Código de Defesa do Consumidor. Em relação a contratação dos seguros de responsabilidade civil profissional, adota-se o Código Civil de forma conjunta com a lei consumerista (Barbosa, 2016; Brasil, 1990).

Na vigência do Código Civil de 1916, ao seguro correspondia uma função indenizatória, daí falar-se em seguro-indenização. Porém, com a entrada em vigor do novo Código Civil, essa ideia foi substituída pelo seguro-garantia, conforme dispõe o artigo 757: "Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados". Dessa forma se adota o sentido de garantia no lugar de uma estrutura meramente indenizatória (Barbosa, 2016; Brasil, 2002).

Assim, pode-se afirmar que cabe à vítima ação direta contra a seguradora, visto que passou a ser garante dos débitos do segurado. O Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer que o réu que houvesse contratado seguro de responsabilidade poderia chamar ao processo o segurador, já ampliava a possibilidade de ressarcimento mais ágil e eficaz ao consumidor (Barbosa, 2016).

Duas questões ainda merecem destaque: uma se refere à cláusula que determina que o segurado se encontra obrigado a fornecer ao segurador toda e qualquer documentação solicitada para fins de comprovação do sinistro ou da mensuração do prejuízo, tais como prontuários e outros registros. Embora essa exigência possa parecer legítima, entra em conflito direto com o interesse do beneficiário (Barbosa, 2016).

Portanto, a forma mais adequada de compatibilização dos interesses é a análise casuística da obrigação presente nos contratos de seguro com o tipo de dado solicitado, que só poderão ser compartilhados se a seguradora manter sigilo absoluto dos documentos e das informações que receber, "uma vez que a preservação dos valores existenciais da pessoa humana, tutelados constitucionalmente pela ordem jurídica, não pode ser afastada em razão de cláusula contratual" (Barbosa, 2016, p. 378).

A outra questão diz respeito à cláusula de sub-rogação. De acordo com o artigo 786 do Código Civil: "Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo,

nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano" E por fim, importante salientar que, nos termos do artigo 787, § 4º do Código Civil: "Subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente" (Barbosa, 2016; Brasil, 2002).

4 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil se caracteriza pela violação de um dever jurídico preexistente, causada pela conduta voluntária do agente, que quando acarreta dano aos interesses jurídicos de outrem, gera o dever de indenizar. O cirurgião-dentista, enquanto profissional liberal, por força do artigo 14, § 4º, do CDC e do artigo 951 do CC, possui responsabilidade civil subjetiva diante das obrigações que assume perante seus pacientes, independentemente de se tratar de obrigação de meio ou de resultado. Embora, em regra, caiba ao lesado o ônus de provar que o profissional agiu de forma culposa, o exame das circunstâncias autoriza a inversão do *onus probandi* a favor do paciente, passando a ser do profissional a obrigação de demonstrar sua idoneidade.

A compreensão do atual cenário das relações de consumo e dos princípios éticos e legais que norteiam a profissão odontológica, são imprescindíveis para o bom desempenho profissional. Diante disso, ganha cada vez mais destaque a odontologia defensável ou a prática clínica de baixo risco, que abrange, entre outras condutas, uma atuação ética e zelosa, tratamentos embasados em primados científicos além de uma documentação clínica completa e adequada a fim de evitar a responsabilização nas ações indenizatórias.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o prontuário odontológico é considerado o principal instrumento de defesa na análise da responsabilização profissional do cirurgião-dentista. Assim, quando o profissional tem o cuidado de elaborar um prontuário minucioso, demonstra com clareza que a sua atuação se deu dentro dos princípios éticos e legais preconizados pela profissão, além de demonstrar que as suas condutas foram executadas com o domínio da técnica adequada, afastando assim, qualquer possibilidade de culpa do profissional (imperícia, imprudência ou negligência em suas ações). Em última análise, pode o profissional, ainda, apoiar-se nas causas excludentes da responsabilidade civil, e até mesmo possuir um contrato de seguro de responsabilidade civil profissional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Casimiro Abreu Possante. *et al.* **Prontuário odontológico:** uma orientação para o cumprimento da exigência contida no inciso VIII do art. 5º do Código de Ética Odontológica. Relatório final apresentado ao Conselho Federal de Odontologia pela Comissão Especial instituída pela Portaria CFO-SEC-26, de 24 de julho de 2002. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: https://www.crors.org.br/wp-content/uploads/2018/07/www.crors_.org_.brmodelo_prontuario_odontologico_cfo.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

ALMEIDA, Salen Marchesi de. *et al.* Responsabilidade profissional e documentação odontológica: revisão da literatura. **Revista Bahiana de Odontologia.** Salvador, v. 8, n. 1, p. 19-25, 2017. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Admin,+PT_1180-6325-1-PB%20(1).pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

AMORIM, Haylla Priscilla de Lima. *et al.* A importância do preenchimento adequado dos prontuários para evitar processos em odontologia. **Arquivos em Odontologia.** Belo Horizonte, v. 52, n. 1, p. 32-37, 2016. Disponível em: https://docs.bvsalud.org/biblioref/2016/09/2002/artigo-3.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

BARBOSA, Fernanda Nunes. O seguro de responsabilidade civil do profissional liberal: desenvolvimento e atualidades. *In:* MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). **Responsabilidade civil de profissionais liberais.** Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 31-78. *E-book.* Acesso restrito via Minha Biblioteca.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941.** Lei das contravenções penais. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 4.324, de 14 de abril de 1964.** Institui o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Odontologia, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4324.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.081, de 24 de agosto de 1966.** Regula o exercício da odontologia. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5081.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 37.** São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, 1992. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/article/view/5223/5348. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 387.** É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, Segunda Sessão, 2009. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 16. ed. Barueri: Atlas, 2023. *E-book.* Acesso restrito via Minha Biblioteca.

CFO. **Código de Ética Odontológica.** Resolução CFO-118/2012. Brasília, DF: 2012. Disponível em: https://website.cfo.org.br/wp-content/uploads/2018/03/codigo_etica.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

CJF. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V:** enunciados aprovados. Brasília, Conselho da Justiça Federal, 2012. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

CNPL. **Estatuto social da confederação nacional das profissões liberais.** Brasília, 2019. Disponível em: https://www.cnpl.org.br/wp-content/uploads/2020/05/ESTATUTO-SOCIAL-CNPL.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

CNPL. **O profissional liberal.** Brasília, [2012?] Disponível em: https://www.cnpl.org.br/o-profissional-liberal/. Acesso em: 11 nov. 2023.

COLUCCI NETO, Victor. Reflexões sobre a responsabilidade civil do cirurgião-dentista. **Arch Health Invest.** [S.*l.*]. V. 8, n. 4, p. 192-202, 2019. Disponível em: https://www.archhealthinvestigation.com.br/ArcHI/article/view/4675/pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

CRO-CE. **Dia mundial do dentista:** as palavras do Papa Pio XII. Fortaleza, 2017. Disponível em: https://www.cro-ce.org.br/noticia?id=193. Acesso em: 11 nov. 2023.

DIAS. Antônio Pedro Medeiros. Responsabilidade civil dos odontologistas. *In:* MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). **Responsabilidade civil de profissionais liberais.** Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 31-78. *E-book.* Acesso restrito via Minha Biblioteca.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. 37. ed. São Paulo: SarivaJur, 2023. v. 7. *E-book.* Acesso restrito via Minha Biblioteca.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** responsabilidade civil. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. v. 3. *E-book.* Acesso restrito via Minha Biblioteca.

MEDEIROS, Urubatan Vieira de; COLTRI, André Ricardo. Responsabilidade civil do cirurgião-dentista. **Revista Brasileira de Odontologia.** Rio de Janeiro, v. 71, n. 1, p. 10-16, 2014. Disponível em: http://revodonto.bvsalud.org/pdf/rbo/v71n1/a03v71n1.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). **Responsabilidade civil de profissionais liberais.** Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book.* Acesso restrito via Minha Biblioteca.

ONESTI, Adriana. **Documentação do cirurgião-dentista frente ao direito civil brasileiro:** uso dos contratos de prestação de serviço em odontologia. Dissertação (Mestrado em Ciências Odontológicas) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/23/23148/tde-20012009-152217/publico/AdrianaOnesti.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

PARADELA, Israel Moreira. **Responsabilidade civil odontológica:** análise jurisprudencial TJ – 2016-2018. Dissertação (Mestrado em Biologia Buco-Dental) – Universidade Estadual de Campinas, Piracicaba, 2019. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Paradela_IsraelMoreira_M%20(1).pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

PINHEIRO, Felipe de Almeida. *et al.* Reflexões éticas e legais sobre a prática odontológica em tempos de pandemia de COVID-19. **Saúde, Ética & Justiça.** São Paulo, v. 26, n. 1, p. 27-35, 2021. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/sej/article/view/185510/174176. Acesso em: 11 nov. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 5052337-52.2019.8.21.0001/RS.** Embargos de declaração. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos materiais e morais. Prestação de serviços odontológicos. Extração do remanescente dentário (raiz), com instalação posterior de prótese. Prova pericial que atesta a falha na prestação do serviço. Dever de indenizar caracterizado. [...] Relator: Eduardo Kraemer, 28 de junho de 2023. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 11 nov. 2023.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0301788-87.2019.8.24.0091/SC.** Responsabilidade civil - falha na prestação de serviços odontológicos - CDC, art. 14, § 4º - comprovação - responsabilidade caracterizada comprovado que o insucesso do tratamento odontológico decorreu de atuação culposa do profissional dentista [...]. Relator: Luiz Cézar Medeiros, 19 de setembro de 2023. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321695254034661245890278930200&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 11 nov. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1017545-66.2018.8.26.0477/SP.** Responsabilidade civil. Prestação de serviços odontológicos. Colocação de implantes dentários. Sentença de parcial procedência. Recurso dos réus. Laudo pericial que concluiu pela falha na prestação do serviço. Requeridos que não apresentaram provas capazes de comprovar que o trabalho prestado observou a melhor técnica e que o resultado alcançado foi satisfatório, em confronto ao laudo elaborado pelo perito da confiança do Juízo. Vício na prestação do serviço que impõe o dever de indenizar. [...] Relator: Ademir Modesto de Souza, 06 de setembro de 2023. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=17131161&cdForo=0. Acesso em: 11 nov. 2023.

SILVA, Ricardo Henrique Alves da; SALES-PERES, Arsenio. Exercício profissional e atividade ilícita em odontologia no Brasil. **Saúde, Ética & Justiça.** São Paulo, v. 14, n. 1, 2009. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/sej/article/view/44613. Acesso em: 11 nov. 2023.

TARUCE, Flávio. **Responsabilidade civil.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book.* Acesso restrito via Minha Biblioteca.