

RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DO CIRURGIÃO-DENTISTA DECORRENTE DE FRATURAS DE LIMAS ENDODÔNTICAS*

CIVIL AND CRIMINAL LIABILITY OF DENTISTS ARISING FROM ENDODONTIC FILE FRACTURES

Evelin Carine Alves Silva¹

Gabriel de Oliveira Silva²

Maria Luiza Gioster-Ramos³

Clemente Maia da Silva Fernandes⁴

Mônica da Costa Serra⁵

Resumo: A negligência odontológica ocorre quando um profissional deixa de seguir os padrões exigidos de prática odontológica, causando prejuízo e dano ao paciente. A presente pesquisa tem como objetivo discutir os aspectos éticos e jurídicos da responsabilidade do cirurgião-dentista diante da fratura de limas endodônticas, através de um estudo exploratório com base na literatura e jurisprudência existentes. Fatores atribuídos ao profissional podem ser considerados como a causa mais frequente da fratura de limas endodônticas. Para caracterização da responsabilidade civil do cirurgião-dentista decorrente da fratura de limas endodônticas, é necessária a caracterização do dolo ou culpa, considerando a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais. A responsabilidade penal, se dará nos casos de tipos penais previstos expressamente na legislação, tais como o crime de lesão corporal, bem como na existência de antijuridicidade (ou ilicitude) da conduta. Concluímos que o profissional deve executar o tratamento endodôntico com rigor científico e prático, apresentando o conhecimento de técnicas, instrumentos e conjuntamente da responsabilidade ao qual responde na prática de sua profissão.

* Artigo submetido em 25/04/2022 e aprovado para publicação em 12/08/2022.

¹ Cirurgiã-dentista. Doutoranda em Odontologia, área de Endodontia, pela Faculdade de Odontologia de Araraquara, Universidade Estadual Paulista-Unesp. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6424-5504>. E-mail: evelin.silva@unesp.br.

² Advogado. Doutorando em Ciências Forenses pela Faculdade de Odontologia de Araraquara, Universidade Estadual Paulista - Unesp. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6843-4134>. E-mail: gabrieloliveirasilv@gmail.com.

³ Cirurgiã-dentista. Doutoranda em Odontologia, área de Biociências, Biomaterias e Materiais Odontológicos pela Faculdade de Odontologia de Araraquara, Universidade Estadual Paulista - Unesp. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7002-592X>. E-mail: luiza.gioster@unesp.br.

⁴ Bacharel em Direito e Cirurgião-dentista. Pós-Doutor em Direito Internacional da Saúde pela Universidade de São Paulo - USP e Pós-Doutor em Antropologia Forense pela Universidade de Coimbra - UC. Líder do Grupo de Pesquisa “Núcleo de Ciências Forenses, Bioética, Biodireito e Ética em Ciência e Tecnologia de Araraquara”, cadastrado junto ao CNPq. Professor da Pós-graduação *stricto sensu*, área de Ciências Forenses, Unesp. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-5401-6265>. E-mail: c.face@terra.com.br.

⁵ Advogada. Cirurgiã-dentista. Licenciada em Letras. Pós-Doutora em Bioética pela Universidade Complutense de Madri, em Direito Internacional da Saúde (Universidade de São Paulo -USP) e em Antropologia Forense (Universidade de Coimbra). Livre-docente em Odontologia Legal (Universidade Estadual Paulista -Unesp). Líder do Grupo de Pesquisa “Núcleo de Ciências Forenses, Bioética, Biodireito e Ética em Ciência e Tecnologia de Araraquara”, cadastrado junto ao CNPq. Professor Associado da Faculdade de Odontologia de Araraquara-Unesp. Coordenadora da Pós-graduação *stricto sensu*, área de Ciências Forenses, Unesp. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8820-2982>. E-mail: monica.serra@unesp.br.

Palavras-chave: Limas endodônticas; Responsabilidade civil; Conduta ética do cirurgião-dentista; Termo de consentimento livre e esclarecido; Responsabilidade penal.

Abstract: dental malpractice occurs when a professional fails to follow required standards of dental practice, causing harm and damage to the patient. The present research aims to discuss the ethical and legal aspects of the dentist's liability in face of fracture of endodontic files, through an exploratory study based on existing literature and jurisprudence. Factors attributed to the professional can be considered as the most frequent cause of fracture of endodontic files. In order to characterize the dentist's civil liability resulting from the fracture of endodontic files, it is necessary to characterize the intent or fault, considering the subjective responsibility of liberal professionals. Criminal liability will occur in cases of criminal types expressly provided for in the legislation, such as the crime of bodily harm, as well as in the existence of unlawfulness (or illegality) of the conduct. We conclude that the professional must perform endodontic treatment with scientific and practical rigor, presenting the knowledge of techniques, instruments and jointly the responsibility to which he responds in the practice of his profession.

Keywords: Endodontic files; Civil Liability; Ethical conduct of the dentist; Informed consent form; Criminal Liability.

Introdução

O tratamento endodôntico é realizado por intermédio do preparo mecânico com instrumentos cortantes associados a substâncias químicas, visando a eliminação de microrganismos, restos pulpares e necróticos presentes no sistema de canais radiculares (SCR). A limpeza e modelagem do SCR são essenciais para a obtenção do sucesso do tratamento endodôntico. Mas a complexa anatomia do canal radicular, incluindo curvaturas, istmos, canais acessórios e ramificações.

As limas endodônticas estão sujeitas a fratura, essa falha está relacionada ao fenômeno de fadiga (LOPES et al., 2015), que acontece a partir de um defeito microscópico que vai se propagando pelo instrumento à medida que o material é submetido a tensões cíclicas repetidas, até que ocorra a fratura dos componentes sobre uma carga abaixo da carga máxima suportada. Estudos demonstram que a incidência de fratura varia de cerca de 2 a 6%.

A fadiga pode ser por flexão e/ou torção (SATTAPAN et al., 2000). A fadiga flexural ocorre enquanto o instrumento gira em um canal com curvatura e é gerado um estresse nessa área de maior curvatura, produzindo ciclos alternados de tensão e compressão até a fratura (PRUETT et al., 1997). Enquanto a falha por torção ocorre quando a ponta do instrumento trava dentro do canal enquanto o resto do continua a girar, ou quando o torque resultante do contato

entre o instrumento e a parede do canal excede a resistência à torção do instrumento (JAMLEH et al., 2014).

Instrumentos endodônticos fabricados de liga de níquel-titânio (NiTi) reduzem iatrogenias e falha do instrumento durante o tratamento endodôntico (GUTMANN; GAO, 2012), devido à sua maior segurança e capacidade de preparar canais curvos, mantendo a anatomia original do canal (PEREIRA et al., 2015). Para melhorar a resistência à fadiga dos instrumentos endodônticos, diferentes ligas e processos de fabricação foram introduzidos no mercado, como as tecnologias M Wire (Dentsply Tulsa Dental Specialties, Tulsa, OK, EUA), R phase (Kerr, Orange, CA, EUA), CM Wire (Clinician's Choice Dental Products, New Milford, CT, USA) e Blue Technology (Dentsply Tulsa Dental Specialties). Instrumentos de NiTi que possuem tratamento térmico apresentam maior flexibilidade e resistência a fratura (DRUKTEINIS et al., 2019).

Conhecer as propriedades mecânicas de cada instrumento que está sendo utilizado, ter treinamento prévio e conhecimento das técnicas de preparo reduzem as iatrogenias durante o tratamento endodôntico.

A negligência odontológica está presente quando um profissional de odontologia deixa de seguir os padrões exigidos de prática odontológica, causando algum prejuízo ao paciente (MANCA et al., 2018). Os procedimentos realizados por endodontistas são altamente sensíveis à técnica e exigem treinamento, conhecimento, bem como habilidade. Caso o dentista arrisque a vida do paciente ou lhe cause algum dano, ele pode enfrentar as consequências legais pelos seus atos.

O não cumprimento dos protocolos para um correto tratamento endodôntico consagrados na literatura comprometem o prognóstico do caso, como também o resultado em que ocorram reivindicações de negligência (GIVOL et al., 2010). Os tipos de "erros" técnicos durante a endodontia que são considerados negligências, incluem em sua maioria as perfurações e os instrumentos fraturados. Enquanto complicações como infecção ou dor persistente em ausência de patologia não é considerada negligência. Porém, ocultar um acidente que ocorreu durante o tratamento do paciente é considerado negligência que expõe o dentista a litígios (KAKAR et al.2014).

Tendo em vista os erros técnicos que podem ocorrer durante um tratamento endodôntico, a presente pesquisa tem como objetivo discutir os aspectos éticos e jurídicos da responsabilidade do cirurgião-dentista diante da fratura de limas endodônticas através de um

estudo exploratório, a partir da literatura acerca de limas endodônticas e sua fratura, associado a pesquisa de jurisprudência brasileira nos âmbitos cíveis e criminais.

1. Aspectos éticos na conduta profissional

A fratura de limas endodônticas apresenta duas vertentes de causalidade, a primeira oriunda das características e defeitos do instrumento e a segunda se caracteriza por fatores atribuídos aos profissionais.

O cirurgião-dentista em diversas ocasiões não é responsável pelo insucesso ou pelos incidentes ocorridos durante ou após o tratamento endodôntico. De Deus (2003) explica que falhas e incidentes podem ocorrer por diversos fatores inerentes ao paciente, ao dente, ao canal radicular, aos instrumentos e materiais utilizados e as técnicas e profissionais executantes.

Leonardo e Leonardo (2002) relatam que fatores atribuídos ao profissional podem ser considerados como a causa mais frequente que resulta na fratura de limas endodônticas. Os autores expõem que é fundamental alguns cuidados antes da realização do procedimento como: Domínio da técnica escolhida, conhecimento da anatomia e escolha adequada de descartes de instrumentos.

Lopes et al. (2015), descrevem que a fratura de instrumentos endodônticos durante o preparo do canal, geralmente ocorre devido à falta de conhecimento acerca das propriedades mecânicas do material escolhido e não observância dos defeitos e deformações originados durante a instrumentação. Diante disso algumas recomendações são necessárias. Os autores orientam o descarte imediato de instrumentos que apresentam deformação plástica em suas hélices, independente do tempo de uso. Leonardo e Leonardo (2002) sugerem ainda que instrumentos de pequenos diâmetros devem ser descartados normalmente, após uma utilização de cinco a seis vezes e em casos devem ser descartadas após um único uso.

Selbst (1990) abordou os aspectos relacionados ao consentimento informado e a relação entre a incidência de eventos adversos na terapia endodôntica convencional. Foram analisados os registros das intercorrências presentes em 3308 tratamentos endodônticos de 43 especialistas em Endodontia. Os participantes do estudo listaram 28 possíveis adversidades que poderiam ocorrer durante o tratamento, dentre elas a fratura de instrumentos endodônticos. Os resultados demonstraram que no início do tratamento, no retratamento e no encaminhamento (no meio do tratamento), a fratura de instrumentos acontecia em aproximadamente 1%, 2% e 8% dos casos adversos, respectivamente.

Yared e Kulkarni (2002) ao avaliaram a incidência de falhas dos instrumentos rotatórios de NiTi ProFile® quando usados por um operador inexperiente constataram uma alta incidência de deformação e separação nos micromotores a ar e nos motores elétricos de alto e baixo torques durante o início do preparo dos canais, concluindo é mais seguro a utilização de um motor com torque muito baixo (170 rpm) para operadores inexperientes no tocante à prevenção de fraturas e deformações dos instrumentos rotatórios de NiTi.

Diante disso, o profissional deve-se manter atento aos instrumentos e técnicas e escolher de forma ética, os casos em que apresenta domínio técnico para correta execução, proporcionando o melhor e mais efetivo atendimento ao seu paciente. Ramos e Bramante (2001) ainda complementam que o conhecimento de variadas técnicas de instrumentação permite ao operador escolher a mais adequada ao tipo de canal a ser preparado. Para cada situação anatômica, existe uma técnica indicada, porém apenas o bom senso permite associá-la a outras da forma mais conveniente para obter o preparo radicular perfeito.

No entanto, é importante ressaltar que apesar de todo cuidado, um instrumento ainda pode ser fraturado durante o preparo do canal radicular, o que resulta na necessidade do paciente ser avisado da presença deste instrumento, do curso do tratamento e qual será o prognóstico final do dente.

Quando os acidentes acontecem o operador deve estar conscientemente preparado para enfrentá-los com dignidade e proficiência, de forma a procurar a solução para manter a integridade da saúde e do bem-estar do paciente. Acerca disto Imura e Zuolo (1988) consideram que a prevenção o meio mais prudente na redução dos acidentes durante a realização do tratamento endodôntico. Os autores preconizavam que, nos casos de fratura de instrumentos endodônticos, o paciente deveria ser avisado do acidente, da sequência do tratamento e do prognóstico provável do caso.

O Código de Ética Odontológica (CFO, 2003) estabelece diversas recomendações éticas fundamentais para relação Cirurgião-Dentista-paciente, além de resguardar o profissional de possíveis lides judiciais. Dentre os deveres éticos, destaca-se o art. 5º: IV - manter atualizados os conhecimentos profissionais, técnico-científicos e culturais, necessários ao pleno desempenho do exercício profissional; VIII - elaborar e manter atualizados os prontuários de pacientes, conservando-os em arquivo próprio; XVI – garantir ao paciente ou seu responsável legal, acesso ao seu prontuário, sempre que for expressamente solicitado, podendo conceder cópia do documento, mediante recibo de entrega.

Dentre as diversas infrações éticas destacamos o IV art. 7º: deixar de esclarecer adequadamente os propósitos, riscos, custos e alternativas do tratamento.

Consideramos então que, em regra geral, o profissional deve relatar ao paciente todos os riscos previsíveis do tratamento, deixando-o ciente das ocorrências que eventualmente possam surgir, sendo então o consentimento informado uma obrigação não delegável e que este documento não é válido se o paciente não compreende o que o profissional diz a ele.

1.1 Termo de Consentimento Livre e Esclarecido

O prontuário odontológico é um arquivo onde se estão organizadas todas as informações do paciente, dos procedimentos clínicos e da parte administrativa referente aos tratamentos realizados. Nele deve estar incluído: a anamnese, os procedimentos realizados, as prescrições médicas e certificados, os exames de imagem e o termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) (ALMEIDA; ZIMMERMAN; CERVEIRA; JULIVALDO, 2004).

O TCLE refere-se ao documento responsável pelo esclarecimento das particularidades quanto ao diagnóstico clínico, quanto às opções de tratamento disponíveis, ao prognóstico e os possíveis riscos referentes a determinado tratamento a ser executado, além das consequências caso o paciente opte por não o realizar (RODRIGUES et al., 2017). Este documento deve estar presente à cada nova etapa do tratamento odontológico, para a partir dele o paciente tomar decisões sobre o procedimento que será submetido, sendo de fundamental importância ser elaborado em uma linguagem simples e clara (RODRIGUES et al., 2017). De acordo com o Código de Ética Odontológica brasileiro, é considerada falha ética a não disponibilização do TCLE ao paciente contendo as alternativas de tratamento (desde que aplicável) e explicações adequadas sobre o tratamento, seus riscos e custos (CFO, 2003).

O TCLE cumpre uma função essencial de proteção ética e legal do profissional cirurgião-dentista perante o paciente, mas quando comprovada sua inexistência, se pode caracterizar como conduta negligente do profissional do ponto de vista informativo. O TCLE deve estar presente em todas as especialidades clínicas, principalmente em casos de maior complexidade, onde se busca manter o dente na cavidade bucal apesar do prognóstico ruim, e em casos em que apesar de se seguir todo o protocolo de tratamento estabelecido pela literatura, algumas intercorrências estão presentes, como no tratamento endodôntico.

Na endodontia os acidentes mais comuns durante o tratamento são a perfuração (13%) e a fratura do instrumento (6%) (PINCHI et al., 2013). O não cumprimento dos protocolos de

tratamento adequados para cada caso, podem além de comprometer a qualidade dos tratamentos e o resultado, como também resultar em alegações de negligência odontológica (GIVOL et al., 2010). No entanto, complicações comumente associadas ao tratamento endodôntico, como infecção ou dor persistente, fratura de instrumentos, não acesso de canais devido à variação anatômica não são consideradas casos de negligência, desde que essas complicações sejam previamente esclarecidas no TCLE (BJØRNDA; REIT, 2008).

Portanto, devido ao alto nível de sensibilidade da técnica empregada para realização do canal, a endodontia é uma das especialidades mais envolvidas em casos de negligência (ZANIN; HERRERA& MELANI, 2016). Assim, a fim de garantir a segurança do cirurgião-dentista, a organização do prontuário odontológico atualizado contendo as informações e assinaturas corretas do paciente ou seu responsável legal, além das documentações das etapas do tratamento, com anotações dos protocolos, arquivamento de exames complementares e o TCLE bem formulado são essenciais casos o paciente venha a ajuizar processo contra o cirurgião-dentista, em casos onde ocorreram intercorrências, como a fratura de lima, durante o tratamento endodôntico.

2. Responsabilidade Civil e Penal do Cirurgião-Dentista

A questão da responsabilidade jurídica dos profissionais da saúde gera intenso debate tanto na área acadêmica quanto na prática forense. A doutrina especializada divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual. Apesar da existência de críticas a esta divisão, para efeitos da discussão trazida no presente trabalho, devemos nos ater à responsabilidade extracontratual e, especialmente, aquela fundada em ato ilícito. Ato ilícito é aquele que é praticado de forma contrária à ordem jurídica vigente. Este ato viola direitos e causa prejuízos, gerando a responsabilidade civil (TARTUCE, 2016).

O instituto da Responsabilidade Civil é um dos mais antigos no ordenamento jurídico e, tem origem no Direito Romano, contudo passou por enormes transformações durante os séculos, porém sempre mantendo sua essência de recompor o prejuízo experimentado pelas vítimas (ROCHA; MARQUES, 2016).

O Código Civil dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002). Ou seja, a ação ou omissão que violar direito de terceiro e causar

dano, mesmo que não voluntária e desde que verificada negligência ou imprudência, gera responsabilidade civil e, conseqüentemente, o dever de indenizar.

Acontece que a relação existente entre paciente e profissionais da área da saúde, em regra, pode e deve ser encarada sob outra perspectiva. Isso porque o Código de Defesa do Consumidor (CDC) regulamenta as relações entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços, classificando-a como uma relação de consumo. Essa lei define consumidor como aquela pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza produto ou, no presente caso, serviço como destinatário final. Da mesma forma, o CDC dispõe que fornecedor é aquele que, entre outros, desenvolve atividade de prestação de serviços, considerando como tais qualquer atividade fornecida no mercado mediante remuneração (BRASIL, 1990). Percebe-se, assim, que a relação existente entre paciente e cirurgião-dentista é, em regra, uma relação de consumo. Tal observação resta importante tendo em vista que existem regras específicas sobre responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor.

O CDC estabelece, nas relações de consumo, a responsabilidade objetiva do fornecedor. Ou seja, para que esteja configurada a responsabilidade, diferentemente do que prevê o Código Civil, não importa se existe dolo, culpa ou mesmo negligência e imperícia. Basta a existência do nexo de causalidade para que haja a responsabilidade. Na prática, o fornecedor responde pelos danos causados mesmo se não houver culpa e tiver adotado todos os procedimentos possíveis para evitar o dano, daí o nome responsabilidade objetivo. Essa opção do legislador levou em consideração o fato de que o exercício da atividade econômica tem como consequência a assunção de riscos inerentes à própria atividade, devendo o fornecedor arcar com os danos causados por ela (NUNES, 2012).

A lei, inclusive, prevê expressamente o que o legislador preferiu chamar de fato do serviço, trazendo a ideia de acontecimentos ou mesmo acidente causado pela prestação do serviço ao consumidor (BRASIL, 1990).

Portanto, conclui-se que as ações ou omissões do fornecedor de serviços que implicam em fato do consumo geradores de dano implicam em responsabilidade objetiva, sem a necessidade de comprovação de culpa para que haja o dever de indenizar. Entretanto, da mesma forma que o CDC prevê a responsabilidade objetiva como regra, o diploma consumerista abre uma importante exceção aplicável ao presente estudo: a responsabilidade dos profissionais liberais. Em seu artigo 14, § 4º, o Código de Defesa do Consumidor expressamente condiciona a responsabilidade dos profissionais liberais à existência de culpa, ao contrário de outros fornecedores de serviços e produtos. Esses profissionais, então, passam a responder de maneira

subjetiva, sendo necessária a comprovação de dolo ou culpa, em que pese aplicável todas as outras disposições do CDC à relação paciente-cirurgião dentista.

Nunes (2012) destaca que profissionais liberais são aqueles dotados de autonomia profissional, com decisões tomadas por conta própria e sem subordinação. As razões por trás do intuito do legislador ao excepcionar o profissional liberal da regra da responsabilidade objetiva no CDC são diversas. O mesmo autor, entre outras razões, elucida que a relação estabelecida com profissionais liberais, embora seja uma relação de consumo, é uma relação de confiança. Ainda, as atividades exercidas por esses profissionais, incluídos nesse grupo os cirurgiões-dentistas, são, em regra, atividades de meio e não atividades de fim. Ou seja, na maioria dos casos, o profissional liberal não garante o resultado de suas ações. Não há como o profissional de saúde garantir, com absoluta certeza, a cura de determinada doença a que o paciente está acometido, em que pese seja necessário que aquele utilize todos os meios possíveis para que se atinja o melhor resultado. Contudo, é certo que existem exceções, inclusive no meio odontológico. Ora, cabe ao profissional exercer seu ofício com prudência e perícia, podendo ser considerada atividade-fim aquela relacionada ao próprio serviço prestada e que não depende de outra circunstância para que seja efetivamente realizada.

Assim, por exemplo, se um dentista examina a radiografia que acaba de tirar da arcada dentária de seu cliente e diagnostica que o dente tem de ser extraído, por problema insolúvel lá existente, e resolve extrai-lo, e, depois, verifica-se por exame correto feito por outro dentista que o dente não deveria ter sido extraído, trata-se de defeito da prestação do serviço, que é tipicamente de fim e não de meio. O serviço-fim foi o exame da radiografia e a decisão de extração do dente. É muito diferente do dentista que corretamente diagnostica pelo exame da radiografia que tem de extrair o dente — atividade-fim — e, depois, o cliente acaba tendo complicações na gengiva no local do dente extraído (atividade-meio, cujo resultado não dava para assegurar) (Nunes, 2012, p. 407)

Contudo, não se pode chegar à conclusão que, sendo a atividade exercida pelo profissional liberal de fim e não de meio, este responde objetivamente pelos danos causados. Pelo contrário, o Código de Defesa do Consumidor não faz distinção, estabelecendo de forma clara que esses profissionais respondem tão somente na hipótese de existência de dolo ou culpa. Assim, a tipo de responsabilidade aplicável ao profissional liberal é a responsabilidade subjetiva, independentemente de este exercer atividade de fim ou de meio (NUNES, 2012).

Outro aspecto que merece atenção quanto à responsabilização do profissional liberal é o fato de que, embora, como vimos, haverá o dever de indenizar tão somente se comprovados dolo ou culpa, o ônus probatório não necessariamente recairá sobre o consumidor. De rigor, o

ônus da prova cabe a quem alega. Assim, no caso de dano causado pelo profissional liberal, caberia ao consumidor comprovar tanto o dano e seu nexo de causalidade entre este e o serviço prestado, quanto a culpa (negligência ou imperícia) do fornecedor de serviço. Ocorre que o próprio Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Em seu artigo 6º, inciso VIII, a citada lei possibilita que, a critério do juiz, o dever de provar passe a ser do profissional e não do consumidor, caso exista verossimilhança das alegações e hipossuficiência, entendida esta como desconhecimento técnico ou informativo por parte do consumidor (NUNES, 2012).

Especificamente quanto à relação médico-paciente, mas também aplicável ao cirurgião-dentista, Santos & Pacheco (2020) concluem que, a partir da interpretação da legislação vigente, é possível a inversão da prova no caso de danos causados aos pacientes, levando-se em consideração, principalmente as nítidas dificuldades por parte do consumidor em produzir provas médicas que demonstrem a culpa do profissional.

Entretanto, a inversão do ônus probatório, por si só, não afasta a necessidade de se demonstrar, de maneira concreta, a culpa do profissional no procedimento. Em relação à fratura de limas endodônticas, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu que é imprescindível a demonstração da conduta culposa do profissional, além do nexo causal entre a fratura da lima e os danos experimentados pelo paciente, negando o direito à indenização (SÃO PAULO, 2018). Em outra oportunidade, o mesmo tribunal entendeu que o laudo pericial elaborado para o caso foi claro no sentido de que a fratura de limas endodônticas é inerente ao risco de execução, sendo comum no ambiente profissional do cirurgião-dentista, classificando o fato como caso fortuito (SÃO PAULO, 2016). No mesmo sentido, em julgado mais recente, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu pela inexistência do dever de indenizar em caso de fratura de lima endodôntica, tendo considerado o parecer pericial no sentido de que eventuais dores ou desconfortos relatados pelo paciente são consequência do procedimento cirúrgico em si e não necessariamente da lima fraturada (RIO DE JANEIRO, 2021). Em sentido contrário, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, excepcionando-se à maioria jurisprudencial, decidiu que fragmento de lima deixado na raiz do dente do paciente pode ser considerado imperícia, devendo o cirurgião-dentista responder pelos danos sofridos (MINAS GERAIS, 2017).

Importante ressaltar que, em última análise, a discussão sobre a responsabilidade do profissional da saúde em sua relação com o paciente passa, necessariamente, por um dos direitos

humanos mais caros para nosso ordenamento jurídico, qual seja, o direito à saúde. Segundo Sturza & Lucion:

A preocupação com a saúde sempre foi um tema presente no debate social desde os primórdios da civilização; o que se modifica com o tempo é o conceito e a positivação da saúde, sempre ligados a fatores predominantes a cada época, sejam eles políticos, sociais, econômicos ou sociológicos. Essa preocupação muito se deve ao fato de que a saúde é um tema de interesse comum: todos os seres humanos dependem da preservação da sua saúde para a sobrevivência e dignidade da vida.

Ainda que a preocupação com a saúde seja um assunto que sempre esteve em voga na escala das preocupações sociais, a sua positivação enquanto direito e o seu reconhecimento universal é um fato moderno. Desse modo, não obstante a saúde esteja agregada ao rol dos direitos humanos, é imprescindível tomar conhecimento da ideia de direitos humanos para que se possa compreender o direito à saúde (STURZA; LUCION, 2021, p. 9-10).

Quanto à responsabilidade penal do cirurgião-dentista, embora esta possa se observar independentemente da apuração da responsabilidade civil, é certo que os requisitos para que reste configurada são mais restritos. A maior parte da doutrina especializada entende crime como sendo o fato típico, antijurídico (ou ilícito) e culpável. Parcela da doutrina entende que basta o fato ser típico e antijurídico para ser considerado crime. Assim, adotando-se a segunda corrente, a conduta do agente deve estar prevista em algum tipo penal (típico) e não ser uma conduta excludente de ilicitude, ou seja, expressamente prevista como sendo lícita (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, entre outras). Ainda, é certo que, em regra, é necessário que o agente haja com dolo, ou seja, com a vontade de se concretizar as ações dispostas no tipo penal. Excepcionalmente, a lei pode prever crimes em que basta a existência de culpa para que sejam caracterizados, sendo esta compreendida como negligência, imprudência ou imperícia (ESTEFAM, 2018).

Aplicando-se tais conceitos ao presente trabalho, no caso de fraturas de limas endodônticas, a responsabilidade penal do cirurgião-dentista somente seria possível, primeiramente, caso a conduta esteja perfeitamente amoldada a algum tipo penal previsto na legislação. Em um exercício de interpretação das consequências possíveis, pode-se chegar à conclusão de que o crime mais provável seria o de lesão corporal, previsto no artigo 129 do Código Penal que prevê, inclusive, conduta culposa em seu parágrafo 6º (BRASIL, 1940).

Dessa forma, temos que, para caracterização da responsabilidade civil do cirurgião-dentista decorrente da fratura de limas endodônticas, é necessária a caracterização do dolo (vontade) ou culpa (negligência ou imprudência), considerando a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais no âmbito das relações de consumo. Entretanto, é possível que caiba

a este mesmo profissional o ônus probatório, em casos de verossimilhança das alegações do consumidor somados à sua hipossuficiência técnica.

De outro lado, a responsabilidade penal, mais restrita, se dará nos casos de tipos penais previstos expressamente na legislação (tipicidade), tais como o crime de lesão corporal, bem como na existência de antijuridicidade (ou ilicitude) da conduta do profissional. No caso específico da lesão corporal, é certo que existe a possibilidade de condenação por culpa, ou seja, sem necessidade de dolo por parte do profissional, bastando a constatação de negligência, imprudência e imperícia que ocasionou a lesão ao paciente.

Conclusion

A fratura de limas endodônticas é um risco recorrente do tratamento endodôntico, podendo ser ocasionado por falha técnica ou defeitos no material de escolha. Com base nos preceitos éticos que regem a atividade odontológica, o profissional deve apresentar o conhecimento para a realização dos procedimentos, bem como aperfeiçoamento contínuo de forma a proporcionar maior eficiência e qualidade no exercício de suas atividades. Em casos em que houve a fratura do instrumento a comunicação do paciente é essencial, bem como a explicação de risco e soluções.

Quanto à responsabilidade civil, pode-se afirmar que esta é categorizada como subjetiva, de forma que é necessária a caracterização do dolo ou culpa. Apesar disso, é possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em favor do paciente que se sentiu lesado, de forma que pode ser possível, na análise do caso concreto, a inversão do ônus probatório. Nesse caso, o cirurgião-dentista terá o dever de comprovar a inexistência de culpa ou dolo em sua atuação profissional.

Já no âmbito penal, embora eventual condenação do profissional se mostre independente da responsabilização civil, é certo que os critérios para que o crime esteja configurado são mais restritos. Além dos verbos caracterizadores do crime, é necessário que o cirurgião-dentista aja com dolo ou culpa, caso o tipo penal assim preveja, sendo esta última configurada na existência de negligência, imprudência ou imperícia por parte do profissional.

Pautados no exposto concluímos que o profissional deve executar o tratamento endodôntico com rigor científico e prático, apresentando o conhecimento não apenas de suas técnicas e instrumentos e sim da responsabilidade ao qual responde na prática de sua profissão.

Referências

ALMEIDA, Casimiro Abreu Possante de; ZIMMERMAN, Rogério Dubosselard; CERVEIRA, Joaquim Guilherme Vilanova; JULIVALDO, Francisco Soriano Nunes. Prontuário odontológico – uma orientação para o cumprimento da exigência contida no inciso VIII do Art. 5º do Código de Ética Odontológica. *Relatório Final*, Conselho Federal de Medicina – CFO, 2004, 39 p. Disponível em: https://www.crors.org.br/wp-content/uploads/2018/07/www.crors_.org_.brmodelo_prontuario_odontologico_cfo.pdf.

BJØRNDAL, Lars; REIT, Claes. Endodontic malpractice claims in Denmark 1995-2004. *International endodontic journal*, v. 41, n. 12, p. 1059-1065, 2008. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1365-2591.2008.01455.x>. Acesso em: 26 de set. de 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, Diário Oficial da União, 31 de dez. de 1940.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União, 12 de set. de 1990.

CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA. *Resolução CFO nº 42, de 20 de maio de 2003*. Revoga o Código de Ética Odontológica aprovado pela Resolução CFO-179/91 e aprova outro em substituição, 2003.

DEUS, Gustavo André De *et al.* Analysis of the film thickness of a root canal sealer following three obturation techniques. *Pesquisa Odontológica Brasileira*, v. 17, n. 2, p. 119-125, 2003. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1517-74912003000200004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pob/a/zdJPtK8mgps5b6NK3LkCf8L/abstract/?lang=en>. Acesso em: 26 de set. de 2021.

DRUKTEINIS, S. *et al.* Shaping ability of BioRace, ProTaper NEXT and Genius nickel-titanium instruments in curved canals of mandibular molars: a MicroCT study. *International*

Endodontic Journal, v. 52, n. 1, p. 86-93, 2019. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/iej.12961>. Acesso em: 26 de set. de 2021.

ESTEFAM, André. *Direito penal: parte geral* (arts. 1º a 120). São Paulo: Saraiva, 7ª ed., 2018, p. 760.

GIVOL, Navot *et al.* Risk management in endodontics. *Journal of endodontics*, v. 36, n. 6, p. 982-984, 2010. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0099239910002797>. Acesso em: 26 de set. de 2021.

GUTMANN, J. L.; GAO, Y. Alteration in the inherent metallic and surface properties of nickel–titanium root canal instruments to enhance performance, durability and safety: a focused review. *International endodontic journal*, v. 45, n. 2, p. 113-128, 2012. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1365-2591.2011.01957.x>. Acesso em 22 de set. de 2021.

IMURA, Noboru; ZUOLO, Mário Luiz. Procedimentos clínicos em endodontia. In: IMURA, Noboru; ZUOLO, Mário Luiz. *Procedimentos clínicos em endodontia*. São Paulo: Artes Médicas, 1988, p. 288.

JAMLEH, Ahmed *et al.* Endodontic instruments after torsional failure: nanoindentation test. *Scanning: The Journal of Scanning Microscopies*, v. 36, n. 4, p. 437-443, 2014. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/sca.21139>. Acesso em: 22 de set. de 2021.

KAKAR, Heena *et al.* Informed consent: Corner stone in ethical medical and dental practice. *Journal of family medicine and primary care*, v. 3, n. 1, p. 68, 2014. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4005206/>. Acesso em: 22 de set. de 2021.

LEONARDO, Mário Roberto; LEONARDO, Renato. *Sistemas rotatórios em endodontia: instrumentos de Níquel-Titânio*. São Paulo: Artes Médicas, 2002.

LOPES, Hélio P. *et al.* Comparison of the mechanical properties of rotary instruments made of conventional nickel-titanium wire, M-wire, or nickel-titanium alloy in R-phase. *Journal of endodontics*, v. 39, n. 4, p. 516-520, 2013. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0099239912012095>. Acesso em: 22 de set. de 2021.

MANCA, Raimondo *et al.* A 15 years survey for dental malpractice claims in Rome, Italy. *Journal of forensic and legal medicine*, v. 58, p. 74-77, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jflm.2018.05.005>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1752928X18302749>. Acesso em: 22 de set. de 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 1278459-52.2013.8.13.0024*. Relatora Aparecida Grossi. 17ª Câmara Cível. Data de Julgamento 28 de setembro de 2017. Brasília, Diário Oficial da União, 05 de out. de 2017.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 7 ed., 2012, p. 926.

PEREIRA, Érika Sales Joviano *et al.* Behavior of nickel-titanium instruments manufactured with different thermal treatments. *Journal of endodontics*, v. 41, n. 1, p. 67-71, 2015. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0099239914005627>. Acesso em: 22 de set. de 2021.

PINCHI, Vilma *et al.* Trends in endodontic claims in Italy. *International dental journal*, v. 63, n. 1, p. 43-48, 2013. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S002065392033416X>. Acesso em: 29 de set. de 2021.

PRUETT, John P.; CLEMENT, David J.; CARNES JR, David L. Cyclic fatigue testing of nickel-titanium endodontic instruments. *Journal of endodontics*, v. 23, n. 2, p. 77-85, 1997.

Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0099239997802506>.

Acesso em: 22 de set. de 2021.

RAMOS, Carlos Alberto Spironelli; BRAMANTE, Clovis Monteiro. *Endodontia: fundamentos biológicos e clínicos*. São Paulo: Santos, 2001, 259 p.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 2183722-52.2011.8.19.0021*. Relatora Elisabete Filizzola Assunção. 2ª Câmara Cível. Data de Julgamento 27 de agosto de 2021. Brasília, Diário Oficial da União. 27 de ago. de 2021.

ROCHA, Leonel Severo; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello. A Responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho: reflexões sobre a dignidade humana e o dano existencial na constitucionalização do direito privado. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 3, n. 6, 2016. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44723>. Acesso em: 26 de set. de 2021.

RODRIGUES, Livia Grazielle *et al.* Screening the use of informed consent forms prior to procedures involving operative dentistry: ethical aspects. *Journal of Dental Research, Dental Clinics, Dental Prospects*, v. 11, n. 1, p. 66, 2017. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5390130/>. Acesso em: 22 de set. de 2021.

SANTOS, Pâmela Azevedo Ferreira dos; PACHECO, Rafaella Ferreira. O instituto do ônus da prova na responsabilidade civil médico/hospitalar. In.: SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (Org.). *Responsabilidade Civil: Diálogos entre o direito processual e o direito privado*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder, 2020, p. 131-143. Disponível em: <https://domhelder.edu.br/wp-content/uploads/2020/12/Responsabilidade-Civil-di%C3%A1logos-entre-o-direito-processual-e-o-direito-privado.pdf>. Acesso em: 22 de set. de 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 1007515-64.2016.8.26.0566*. Relator Rodolfo Pellizari. 6ª Câmara de Direito Privado. Julgada em 30 de maio de 2018. Brasília, Diário Oficial da União, 30 de maio de 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 0035520-53.2012.8.26.0405*. Relator José Joaquim dos Santos. 2ª Câmara de Direito Privado. Julgada em 17 de maio de 2016. Brasília, Diário Oficial da União, 17 de maio de 2016.

SATTAPAN, Boonrat *et al.* Defects in rotary nickel-titanium files after clinical use. *Journal of endodontics*, v. 26, n. 3, p. 161-165, 2000. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0099239912012095>. Acesso em: 22 de set. de 2021.

SELBST, Alan G. Understanding informed consent and its relationship to the incidence of adverse treatment events in conventional endodontic therapy. *Journal of endodontics*, v. 16, n. 8, p. 387-390, 1990. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0099239906819114>. Acesso em: 22 de set. de 2021.

STURZA, Janaína Machado; LUCION, Maria Cristina Schneider. Retornando ao passado para compreender o presente: A trajetória de reconhecimento da saúde como direito e importante elemento de cidadania e inclusão social. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 08, 2021, p. 1-27. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45395/29999>. Acesso em: 25 de abr. de 2022.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2012.

YARED, G. M.; KULKARNI, G. K. Failure of Profile Ni-Ti instruments used by an inexperienced operator under access limitations. *International Endodontic Journal*, v. 35, n. 6, p. 536-541, 2002. Disponível em: <https://europepmc.org/article/med/12190911>. Acesso em: 22 de set. de 2021.