



GLÓRIA LAURENTINO GIRÃO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL OPTOMETRISTA NO
BRASIL.**

**FORTALEZA
2017**

GLÓRIA LAURENTINO GIRÃO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL OPTOMETRISTA NO
BRASIL.**

**FORTALEZA
2017**

GLÓRIA LAURENTINO GIRÃO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL OPTOMETRISTA NO
BRASIL.**

Monografia apresentada ao Centro de Formação Profissional Ratio, como requisito parcial para obtenção da diplomação do Curso Técnico em Optometria, sob a orientação dos Professores: José Roberto Lopes da Silva Filho e PhD Magda Lima da Silva.

**FORTALEZA
2017**

GLÓRIA LAURENTINO GIRÃO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL OPTOMETRISTA NO
BRASIL.**

Monografia apresentada ao Centro
de Formação Profissional Ratio,
como requisito parcial para obtenção
da diplomação do Curso Técnico em
Optometria.

Monografia aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora Metodológica: Profª PhD Magda Lima da Silva

Orientador Conteudista: Prof. José Roberto Lopes da Silva Filho

Coordenador: Prof. Antônio Claudio da Silva Maciel

Profª Maria da Glória Oliveira Filgueira
Diretora do Programa

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por tudo que tenho e por tudo que sou, por cada instante da minha vida, muito obrigada senhor.

Ao meu marido Márcio Eduardo, por toda paciência, compreensão, carinho e amor, e por me ajudar muitas vezes a achar soluções quando elas pareciam não aparecer. Você foi a pessoa que compartilhou comigo os momentos de insegurança e alegrias. Além deste trabalho, dedico todo meu amor a você.

Ao meu pai José Laurentino (in memoriam), que infelizmente não pode estar presente neste momento tão feliz da minha vida, mas que não poderia deixar de dedicar a ele, pois se hoje estou aqui, devo muitas coisas a ele e por seus ensinamentos. Obrigada por tudo! Saudades eternas!

A Minha mãe Verônica, que muitas vezes me repreendeu com o seu amor, para que pudesse me tornar uma mulher virtuosa. Obrigada por tudo.

Aos meus filhos Vinicius e Victor, que me apoiaram e que sempre estive ao meu lado durante esta caminhada, em especial a minha sogra Maria Tereza que está sempre de braços abertos me acolhendo.

Para vocês meus amigos, dedico este trabalho e todo meu carinho. Sem a ajuda, confiança e compreensão de todos, estes sonho não teria se realizado! Muito Obrigada por tudo!

Pensamento

“O primeiro raciocínio do homem é de natureza sensitiva...: os nossos primeiros mestres de filosofia são os nossos pés, as nossas mãos, os nossos olhos”.

Jean Jacques **Rousseau**

RESUMO

Buscou-se no presente estudo uma abordagem geral sobre o tema da responsabilidade civil do optometrista no exercício de sua profissão. Para tanto, foi analisada a relação jurídica existente entre o profissional e seu cliente, qual seja, uma relação contratual, da qual emanam direitos e obrigações; a natureza destas será caracterizada ora como sendo de meios ora como de resultado, prevalecendo a primeira para a grande maioria dos casos, embora seja possível a ocorrência concomitante de ambas as obrigações em algumas especialidades optométricas, devendo ser analisado o caso concreto. Nas denominadas obrigações de meios, verificou-se que incumbe ao paciente que se sentir lesado o ônus probatório com relação à culpa do optometrista, de quem apenas se exige o emprego diligente da técnica adequada tendente a produzir o escopo almejado, com observância dos preceitos da arte optométricas e com as cautelas e precauções necessárias para uma refração visual do paciente, mantendo-o incólume. Já nos casos em que se observou a característica de obrigação de resultado, constatou-se que basta o paciente demonstrar a ocorrência do dano material (e o nexos causal entre este e a ação do profissional) para que lhe assista o direito à indenização, cabendo ao optometrista provar alguma excludente de sua responsabilização, tais como: erro escusável, em face do estado da ciência; culpa exclusiva da vítima; caso fortuito ou força maior; ou, se ele agiu sem culpa, de conformidade com as normas norteadoras do exercício de sua profissão. Entretanto, doutrina moderna aponta no sentido de que qualquer que seja a forma de obrigação, de meios ou de resultado, diante do dano, o que se vai apurar é a responsabilidade, levando em conta principalmente o grau da culpa, o nexos de causalidade e a dimensão do dano no caso concreto, sendo possível a inversão, em qualquer caso, do ônus da prova, desde que respeitados certos requisitos legais. Como a produção literária sobre o assunto ainda é muito escassa na doutrina pátria, buscou-se amparo em obras sobre responsabilidade civil, responsabilidade civil médica e na jurisprudência dos tribunais brasileiros, além de consultas junto a profissionais atuantes no mercado de trabalho das diversas áreas aqui relevantes.

Palavras chave: Responsabilidade civil. Optometrista. Obrigações de meio. Obrigações de resultado. Culpa.

ABSTRACT

SUMMARY

The present study sought a general approach on the subject of civil liability of the optometrist in the exercise of his profession. For this, the legal relationship between the professional and his client, that is, a contractual relationship, from which rights and obligations emanate, were analyzed; The nature of these will be characterized both as means and as a result, with the former prevailing for the vast majority of cases, although it is possible for the concurrent occurrence of both obligations in some optometric specialties to be analyzed. In so-called media obligations, it was found that it is incumbent upon the patient to feel prejudiced the burden of proof regarding the fault of the optometrist, of whom only diligent use of the appropriate technique tending to produce the intended scope is required, in compliance with the precepts of Optometric art and with the cautions and precautions necessary for a visual refraction of the patient, keeping it intact. In the cases in which the characteristic of obligation of result was observed, it was verified that it is sufficient for the patient to demonstrate the occurrence of the material damage (and the causal link between it and the professional's action) in order to obtain the right to compensation, To the optometrist to prove some exclusion of its responsibility, such as: excruciating error, in the face of the state of science; Exclusive fault of the victim; Acts of God or force majeure; Or, if he acted without fault, in accordance with the guiding norms of the exercise of his profession. However, modern doctrine points out that whatever is the form of obligation, means or result, in the face of damage, what is to be ascertained is responsibility, taking into account mainly the degree of guilt, the causal link and The extent of the damage in the specific case, and it is possible to reverse, in any case, the burden of proof, provided that certain legal requirements are met. Since the literary production on the subject is still very scarce in the homeland doctrine, it was sought support in works on civil liability, medical civil responsibility and in the jurisprudence of the Brazilian courts, besides consultations with professionals working in the labor market of the different areas here relevant information.

Keywords: Civil liability. Optician. Medium obligations. Obligations of result. Fault.

SUMÁRIO

1-INTRODUÇÃO	10
2-BREVE HISTORICO DA OPTOMETRIA	11
3-BREVE HISTORICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	16
4-TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL	21
4.1-AÇÃO	21
4.1.1-CULPA	23
4.1.2-RESPONSABILIDADE SEM CULPA	24
4.2-DANO	25
4.2.1-DANO PATRIMONIAL	25
4.1.2-DANO ESTETICO	26
4.2.2-DANO MORAL	26
4.3-NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE DANO E AÇÃO	28
5-O CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	29
6-UNIVERSO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS	31
6.1-RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL	31
6.2-OBRIGAÇÕES DE MEIO E OBRIGAÇÕES DE RESULTADOS	31
7-ASPECTOS ESPECÍFICOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO OPTOMETRISTA	35
7.1-RAMOS DA OPTOMETRIA	36
7.1.1-OBRIGAÇÕES DE MEIO OU DE RESULTADO?	41
7.2-OS ERROS PROFISSIONAIS EM OPTOMETRIA	42
7.3-RESPONSABILIDADE INDIRETA OU COMPLEXA	44
7.3.1- RESPONSABILIDADE POR FATO DE OUTREM	44
7.3.2-RESPONSABILIDADE POR FATO DAS COISAS	46
7.4-DAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE	49
8-CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
9-REFERÊNCIAS	52

1. INTRODUÇÃO

Depois da responsabilidade civil médica, a doutrina procurou voltar-se também para a responsabilidade civil do profissional da saúde não médico, onde incluímos o optometrista, uma vez que as demandas judiciais por conflitos existentes na prestação de serviço pelo optometrista aumentaram significativamente nos últimos tempos, seja pela negligência, imprudência ou imperícia de profissionais indolentes, insensatos ou incapazes para o exercício de determinado mister, causando danos - de natureza patrimonial, estética ou moral em seus pacientes, que buscam na Justiça uma forma de minimizar seu sofrimento; ou então, pela má formação acadêmica, agravada pela corrida mercantilista do mercado de trabalho, que faz surgir o optometrista antiético, o qual incentiva as demandas em desfavor do seu colega de profissão, com a intenção de vê-lo prejudicado.

Deve-se lembrar, também, que com a globalização e socialização dos cuidados de saúde em que vivemos, os pacientes dos profissionais optometristas estão muito mais sabedores dos procedimentos que lhes são prestados, estando mais conscientes dos “seus direitos”, e, conseqüentemente, mais exigentes, aumentando a cobrança por resultados; e ainda, existem as mentes maliciosas de pacientes que almejam, de alguma forma, enriquecer-se sem uma causa justa e leal, por meio de ações judiciais que buscam ressarcir-los de um dano inexistente, enlameando a reputação dos bons profissionais. Mostra-se importante ser delimitado o campo de atuação jurisdicional nestas demandas. Outro fator relevante, é que a abordagem do presente tema na doutrina brasileira é bastante escassa, sendo comum seu estudo resumir-se a pequenos trechos dentro de obras inteiras dedicadas à responsabilidade civil ou ao direito civil, havendo necessidade patente de ser aprofundada a discussão nesta área do conhecimento, no desiderato, enfim, de proporcionar melhor entendimento para os profissionais do Direito, da optometria, e para a população em geral, sobre as penalidades a que estão sujeitos os atos ilícitos provocados no exercício profissional do optometrista.

2-BREVE HISTORICO DA OPTOMETRIA

Como cita Francisco Xavier, a ciência da área da saúde que está ligada à física que trata da visão, principalmente dos problemas de saúde primários e não patológicos, é a chamada optometria. O optometrista não utiliza nenhum procedimento ou medicamento invasivo, ele só observa e aplica técnicas de avaliações qualitativas e quantitativa do sistema de visão do paciente e é considerado preventivo. Se for encontrado qualquer problema ou alteração ocular de origem patológica, ele está apto a reconhecer e encaminhar a um especialista.

O optometrista avalia e mede a estrutura da visão em aspectos funcionais e comportamentais, além de propor meios ópticos de correção dos defeitos encontrados no globo ocular. Sua atuação é na preparação, elaboração, execução, participação e avaliação de programas educativos na saúde visual e ocular, que desenvolvam e coloquem em prática educativas de investigação e de participação comunitária, políticas e autônomas. O profissional da optometria é preparado para resolver alterações visuais não patológicas, que representam 80% de todos os casos de problemas visuais (ametropias).

Do ano de 1300 a 1900 não existia o termo optometria, mas já começava a se articular de compensações ópticas. Foram aparecendo profissionais que manejavam a luz para ajustar defeitos refrativos, no final desse século foram obtendo medidas refrativas individuais a fim de reconhecer e diagnosticar os defeitos da visão.

Assim surgiram as primeiras lentes convergentes com fins clínicos, no final do século XIII, na Itália. No século XIX começaram a adaptação do sistema óptico do olho, as distintas distâncias da visão, foram aparecendo as unidades fundamentais de medida da potência de um sistema óptico: a dioptria, o conceito de acuidade visual e a descrição do campo visual.

De 1900, até os dias de hoje aparece a optometria como profissão, baseada não só na óptica oftálmica, como da óptica fisiológica. Não se conceituando como o ato de medir a refração, e sim, como a mensuração científica dos defeitos de refração, acomodação e motilidade do olho humano, e sua correção mediante a prescrição e adaptação de lentes que corrigem tais defeitos.

A optometria como profissão, já existe no mundo há mais de 100 anos, tendo surgido como atividade pela primeira vez nos Estados Unidos por volta do ano de 1870.

Xavier completa que a optometria é uma profissão completamente difundida e respeitada em mais de 130 países, estando presente de forma regulamentada em mais de 60 países, entre eles Estados Unidos, Canadá, México, Cuba, Costa Rica, Uruguai, Inglaterra, Alemanha, Itália, Portugal, Espanha, Rússia, Japão, China, Índia, África do Sul, Israel, Nova Zelândia, Austrália, Líbano, França e outros.

É regulado a nível mundial pelo World Council of Optometry - WCO (Conselho Mundial de Optometria), e a nível Europeu existe o European Council of Optometry and Optics- ECOO (Conselho Europeu de Optometria e Óptica). A optometria possui reconhecimento de Organizações Mundiais, quais sejam: OMS – Organização Mundial da Saúde, ocupando a cadeira de N° 187 com o slogan “Optometria” – Primeira barreira contra a cegueira, OPSA – Organização Pan Americana de Saúde, onde preconiza a importância da atenção primária da saúde visual, ONU – Organizações das Nações Unidas, reconhece a profissão, como prestador de serviços de atendimento primário da visão, UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, e a Ciência e a Cultura e a OIT – Organização Internacional do Trabalho.

Com os reconhecimentos de todos esses países a optometria é considerada como a tripla vertente da saúde visual, pois depois da adoção por vários países, houve uma melhor distribuição desses profissionais em regiões de difícil acesso, onde existe a carência do atendimento oftalmológico, facilitando a ação optométrica a uma grande parcela da população, principalmente os mais carentes.

Os optometristas exercem suas funções em laboratórios ópticos, em estabelecimentos ópticos básicos e plenos, em centro de adaptações de lente de contato. São contratados na condição de trabalhadores assalariados, com carteira assinada e, também, na condição de empregador ou profissional autônomo.

Por sua vez, as áreas de atividade dos optometristas são diversas. Ao realizar exames, estão autorizados a medir acuidade visual, analisar estruturas externas do olho, identificar deficiência e anomalias relacionadas às alterações da função visual, encaminhar casos patológicos e médicos, medir refração ocular (refratometria e retinoscopia) e determinar compensações e auxílios ópticos.

A constituição de 1988 garante a todos uma gama de direitos sociais e individuais, destacando se, nesse enfoque, o direito ao exercício dos mais diferentes ofícios e sua necessária formação profissional.

Submetidos a uma grade curricular aprovada pelo Executivo, o MEC, no qual está necessariamente em perfeita harmonia ao plano político pedagógico. Assim, atendendo ao objetivo constitucional (art. 214, IV) e infra constitucional (art.48 da LDB). É aplicado Decretos leis, que ainda são muito ultrapassados, mas que reconhece a profissão, a aplicação do decreto presidencial nº 20.931/32 em especiais art. 38, 39 e 41, juntamente com o decreto 24.492/34 em seus art. 13 e 14:

Decreto presidencial nº 20.931/32

Art. 38 É terminantemente proibido aos enfermeiros, massagistas, optometristas e ortopedistas a instalação de consultórios para atender clientes, devendo o material aí encontrado ser apreendido e remetido para o depósito público, onde será vendido judicialmente a requerimento da Procuradoria dos leitos da Saúde Pública e a quem a autoridade competente oficiará nesse sentido. O produto do leilão judicial será recolhido ao Tesouro, pelo mesmo processo que as multas sanitárias.

Art. 39 É vedado às casas de ótica confeccionar e vender lentes de grau sem prescrição médica, bem como instalar consultórios médicos nas dependências dos seus estabelecimentos.

Art. 41 As casas de ótica, ortopedia e os estabelecimentos eletro, rádio e fisioterápicos de qualquer natureza devem possuir um livro devidamente rubricado pela autoridade sanitária competente, destinado ao registro das prescrições médicas.

Decreto presidencial nº 24.492/34

Art. 13 É expressamente proibido ao proprietário, sócio gerente, ótico prático e demais empregados do estabelecimento, escolher ou permitir escolher, indicar ou aconselhar o uso de lentes de grau, sob pena de processo por exercício ilegal da medicina, além das outras penalidades previstas em lei.

Art. 14 O estabelecimento de venda de lentes de grau só poderá fornecer lentes de grau mediante apresentação da fórmula ótica de médico, cujo diploma se ache devidamente registrado na repartição competente.

A aplicação destes dispositivos sobre a optometria devidamente graduados, implica na imposição de restrições a direitos fundamentais semnexo lógico, razoabilidade ou proporcionalidade. Tais restrições representam direta e flagrante ofensa aos seguintes princípios fundamentais, assim determinados por nossa constituição:

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

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Do ponto de vista da regulação ocupacional, a optometria está prevista pelo artigo 3º do Decreto 20.931/32 e seu conteúdo está descrito na Portaria nº 397/02 Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, editado pelo TEM, no código 3223, onde também estão inseridos os equipamentos que poderão ser utilizados pelos mesmos.

Junto ao ministério da Fazenda, está inserido na Classificação Nacional de Atividades Econômicas Fiscais – CNAE fica claro nas notas explicativas que essa atividade é exercida por profissional legalmente habilitado e de forma independente, não incluindo nela médico ou dentista, portanto, o exercício dessa atividade é permitido como pessoa física ou jurídica.

Assim Francisco Xavier termina: o profissional comprovando sua respectiva habilitação e possuindo um certificado ou diploma, segundo o MEC, possui pleno direito de exercício da profissão, tendo inclusive seus deveres de ordem tributária e previdenciária, sendo ilegal qualquer perturbação ao seu exercício.

Recentemente, após muita discussão na sociedade e no Legislativo Federal, passou a vigorar a Lei nº12.842/13 (Lei do Ato Médico), o qual continha no texto original um claro impedimento à atuação de vários profissionais da área de saúde, inclusive o optometrista.

No entanto, tal dispositivo foi expresso e fundamentadamente vetado pela Presidente da República, sob o seguinte argumento (constante da mensagem do veto sobre o inciso IX do art.4º) que trata da prescrição de órteses e próteses oftalmológicas, conforme segue:

Os dispositivos impossibilitam a atuação de outros profissionais que usualmente já prescrevem, confeccionam e acompanham o uso de órteses e próteses que, por suas especificidades, não requerem indicação médica. Tais competências já estão inclusive reconhecidas pelo Sistema Único de Saúde e pelas diretrizes curriculares de diversos cursos de graduação nessa área de saúde. Trata-se, no caso do VIII desta mesma lei e artigo, dos calçados ortopédicos, das muletas axilares, das próteses mamárias, das cadeiras de rodas, dos andadores, das próteses auditivas, dentre outras. No caso do inciso IX, a Organização Mundial da Saúde e a Organização Pan Americana de Saúde já reconhecem o papel de profissionais não médicos no atendimento de saúde visual, entendimento este que vem sendo respaldado no País pelo STJ – Superior Tribunal de Justiça.

Como se vê, a atividade da optometria é devidamente amparada tanto no Brasil, como no plano internacional, sendo injusto que os profissionais da área sofram em decorrência de atos tomados pela Administração, pelo mau entendimento da legislação em vigor.

Os tribunais brasileiros têm dado amparo à atividade e o ensino optométricos, servindo de antídoto contra os abusos cometidos pelo Estado.

Segue um Julgado Proferido:

APELAÇÃO. ART.282, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. OPTOMETRISTA. EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA. AUSÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

Constando que o réu realizava apenas atos inerentes à profissão de tecnólogo em optometria, inexistindo prova de que também realizasse atos privativos de médico oftalmologista, a absolvição deve ser mantida. Recurso improvido. (Apelação Crime N°70022513485, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 21/02/2008).

3-BREVE HISTORICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Remonta aos estudos no Direito Romano, certa cogitação sobre o tema da responsabilidade civil - pois não se vislumbra o desenvolvimento de uma tória completa sobre o tema nesta época, não se podendo desprezar a sua contribuição para a evolução histórica do instituto - através da noção básica do delito (*delicta*) que representava o fator genético da responsabilidade.

Tal responsabilização, no início, se dava pela vingança coletiva, a qual se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes. Posteriormente evoluiu para uma reação individual, isto é, vingança privada, forma primitiva da reação espontânea contra o mal sofrido que, segundo Washington de Barros Monteiro, era contraproducente como modo de compensar o dano, pois com ela não havia reparação alguma, mas sim duplo dano, redobrada lesão, a da vítima e a de seu ofensor depois de punido; era a reparação do mal pelo mal.

A esta fase, sucede a consagração da regra jurídica do talião - inspirador da Lei das XII Tábuas, a qual representou uma forma de mitigar os abusos que porventura poderiam ser cometidos outrora, pois o Estado intervinha para declarar quando e em que condições tinha a vítima o direito de retaliação, sintetizando a fórmula "olho por olho, dente por dente". Evitava-se, destarte, a compensação desproporcional do delito.

Depois desse período há o da composição voluntária, quando se percebe a maior conveniência em compensar o dano mediante o pagamento de certa quantia em dinheiro, a critério do ofendido. Em seguida, é o legislador quem vai fixar a medida da composição (fase das composições legais), proibindo que a vítima, daí em diante, pudesse fazer justiça pelas próprias mãos, sendo compelida a aceitar a pena fixada pela autoridade. O último passo consiste em considerar o Estado interessado não somente na repressão das infrações dirigidas contra ele, mas também dirigidas contra os particulares, porque perturbavam a ordem que aquele se empenhavam em manter - dissociando-se, a partir de então, os aspectos civis e penais a punição.

A maior revolução em termos de responsabilidade civil no direito romano ocorre com o advento da chamada Lei Aquília - fonte da moderna concepção da responsabilidade extracontratual ou aquiliana, em oposição à contratual. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente, que deveria responder com o seu patrimônio pela reparação do dano; ficaria isento de pena, por conseguinte, se procedesse sem culpa. Ressalta, ainda, José de Aguiar Dias, que no último estágio do direito romano, as ações de responsabilidade contemplavam não só os danos materiais, como também os morais.

No entanto, a maior fonte de inspiração para a legislação moderna foi o Código Civil Francês, elaborado a partir da releitura dos textos romanos, no bojo dos quais se identifica a adoção da ideia de culpa, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória. Neste contexto é que Domat estabelece a categoria da culpa de que pode provir o dano: a que acarreta, a um tempo, a responsabilidade penal do agente, perante o Estado, e a responsabilidade civil, perante a vítima; a das pessoas que descumprem as obrigações, culpa contratual; e a que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imprudência.

A partir das lições de Domat e Pothier, é que, no Código de Napoleão, a responsabilidade civil se funda na culpa, estabelecendo três requisitos fundamentais para que se atribuisse ao ofensor o dever de indenizar: o dano o nexo de causalidade e culpa.

No Brasil, foi a responsabilidade civil disciplinada genericamente no artigo 159 do Código Civil de 1916, recebendo destacada atenção neste mesmo diploma e em leis extravagantes; denota-se ser sólida a posição legislativa gozada pelo instituto no Brasil desde o limiar do século XX. Atualmente, o nosso ordenamento jurídico reconhece, expressamente, tanto a responsabilidade subjetiva (estribada na culpa), quanto a responsabilidade objetiva (independente de culpa). A Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, estabeleceu, por exemplo, no seu art. 37, § 6º, que: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

No mesmo compasso, o art. 12 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990(Código de Defesa do Consumidor), previu a responsabilidade objetiva, estabelecendo que: 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". Por derradeiro, o Código Civil brasileiro de 2002, consagrou a responsabilidade civil objetiva no parágrafo único do art. 927 e previu, no art. 186, a reparação do dano ainda que exclusivamente moral.

Já o direito francês aperfeiçoou as ideias romanas, tendo sempre como pressuposto para a reparação do dano a prática de um ato ilícito e generalizou o princípio aquiliano *In lege Aquilia et levissima culpa venit*, ou seja, culpa ainda que levíssima, obriga a indenizar. Portanto, torna-se pressuposto necessário a culpa caracterizada, não importando qual a sua gravidade. DOMAT criou algumas diferenças como, entre a responsabilidade civil, caracterizada pelas ofensas mais leves, sendo a reparação perante a vítima e a responsabilidade penal, que abrangiam as ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem, ocorrendo a reparação perante o Estado e, entre a culpa contratual, originada das pessoas que descumprem as obrigações e a culpa extracontratual, originada da negligência ou imprudência fora das relações obrigacionais.

O Código de Napoleão, Esse código de 1804 foi o modelo da legislação moderna, sendo seus arts. 1.382 e 1.383 baseados nos ensinamentos de Domat e Pothier. O art. 1.382 traz o GIRARD, Manuel, *du droil romain*, p. 412, apud UMA, Alvino, op. cil, p. 23. "UMA, Alvino, op. cit., p. 23 "SCHMIDT, Jean, *Faule civile elfaul pénale*, p. 28, apud UMA, Alvino, op. cil., p. 28. 177 178 INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO LUIZ RICARDO GUIMARÃES preceito básico da responsabilidade civil extracontratual, tendo como fundamento a culpa efetiva e provada. Lembra-nos Alvino Lima que "o princípio da responsabilidade aquiliana continua, em sua essência, a ser o mesmo em todas as codificações dos povos cultos" 1'. O código ainda sistematizou a teoria da culpa e a distinção entre culpa contratual e extracontratual E José de Aguiar Dias conclui que: "a responsabilidade civil, se funda na culpa, foi a definição que partiu daí para inserir-se na legislação de todo o mundo".

Já direito português Sabe-se pouco sobre o seu primitivo, localizando-se no ano 585 a primeira referência, quando da invasão dos visigodos, que eram os antigos bárbaros germânicos. É essa a origem da primitiva legislação portuguesa, tendo por isso cunho germânico e, devido Roma ter administrado a região até o século V, ter forte influência do cristianismo também, por ter sido esta a religião imposta. O Código Visigótico, devido a essas influências, tinha um sistema de caráter misto, fazendo parte dela a composição germânica e o critério penal dos romanos. O código nunca conseguiu estabelecer diferença entre responsabilidade civil e penal. "embora considerasse o homicídio involuntário não sujeito a pena alguma, como gerador de reparação civil, em favor dos parentes da vítima, porque a composição era considerada pena" 20. No século VIII, após a invasão árabe, havia a reparação pecuniária, no entanto, também eram admitidas as penas corporais e a vingança privada (havia cartas de perdão outorgadas pelos parentes dos mortos aos matadores). Na época do rei Fernando m transformou-se o Código Visigótico no Fuero juzgo, que foi a base do direito espanhol, influenciando suas leis até o século XIX. O Fuero juzgo engloba a brutalidade germânica e a Lei de Talião. Quando subiu ao trono o primeiro rei de Portugal, no século XII, apesar das instituições municipais estarem aperfeiçoadas e com o início da emancipação do trabalhador, o sistema português abriu brechas em suas iniquidades, mas ainda sobraram algumas como o de que não era obrigado a reparar quem maltratava criado ou dependente de outrem, se não tolhia algum membro dele.

No Brasil colonial, vigia as Ordenações do Reino, sendo que não havia confusão entre reparação, pena e multa. Já em 1830, entrou em vigor o Código Criminal, que era fundado na justiça e equidade como recomendara a Constituição do Império seis anos antes. Esse código tem fundamentos que antecipavam o que até hoje é utilizado, sendo que há em seu Capítulo IV, com o título Da Satisfação, ensina José de Aguiar Dias, "...regras a que nossos tribunais brasileiros, mesmo nos nossos tempos, poderiam recorrer, como orientação segura para apreciar os casos de responsabilidade civil" 21. Estavam neste código: a necessidade de satisfação mais completa que for possível, sendo o dano avaliado em todas as suas partes e consequências e, se houver dúvida, que ela seja a favor do ofendido (art. 22); a restituição da própria coisa ali o seu equivalente (art. 23); a busca da coisa em poder de terceiro (art. 24); a contagem de juros (art. 26); a solidariedade dos delinquentes e a hipoteca de seus bens desde o momento do crime (art. 27); a transmissibilidade

do dever de reparar o dano até o valor dos bens herdados dos sucessores do delinquente e do direito de receber a reparação aos herdeiros do ofendido (art. 29). Ainda há algumas curiosidades como a do senhor que responde pelos danos do escravo delinquente, mas somente até o valor deste (art. 28), mas poderia abandoná-lo, livrando-se da obrigação de indenizar (outorga de liberdade do escravo) e do delinquente que não tem meios para a satisfação, devendo ser preso e trabalhar até ganhar o necessário para a satisfação (art. 32), sendo que, "essa condenação só teria lugar quando houvesse condenação no crime, não nos casos de absolvição no crime ou de simples condenação unicamente no cível, por danos decorrentes de uma culpa civil" 22. Depois, vieram a Consolidação de Teixeira de Freitas, que sob o título Do dano e esbulho, repetia basicamente o Código Criminal de 1830 em sua parte de reparação, acrescentando, além de tantas outras, a obrigação dos menores de 14 anos e dos loucos de todo gênero de repararem o dano que provocarem, embora não pudessem ser punidos e obrigando o curador do louco a reparar o mal que este fizer a alguém, se houver culpa ou negligência de sua parte; e também a Nova Consolidação de Carlos de Carvalho que, junto com o primeiro, marcaram uma nova fase das habilidades evolução acima, por seus deveres e erros, empregados do civil direito lembrar não e da brasileiro. Se reparação aos responsabilizando da hóspede obrigação Essa do Novo dano, e do de estalajadeiro Consolidação a que além União os dos funcionários pelos já de consagradas trazia mesmos, reparar sob públicos o os salvo título normas danos nos respondiam Da causados descritas casos responde lesão de direitos individuais ou subjetivos causados por autoridades administrativas, além de tantas outras normas. Depois, o Código Penal de 1890 foi apenas uma cópia do Código Penal do Império, com algumas exceções. Em 1912, foi promulgado o decreto 2.681, que trata da responsabilidade das estradas de ferro, com soluções para a responsabilidade contratual. Chega-se, então, ao Código Civil em vigor, que recepciona a teoria aquiliana em seu art. 159, ou seja, da responsabilidade baseada na culpa do agente. Do art. 1.518 ao 1.553, enumeram diversas espécies de prejuízos causados e sua respectiva reparação. Entre os prejuízos ali enumerados, dispunha sobre alguns danos de cará ter moral, como os arts. 1.543 e do 1.547 ao 1.550.

4-TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil possui fundamental importância para garantir a restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito por um dano causado através da prática de um ato ilícito, tal como disposto em nosso Código Civil, em seu artigo 927, caput: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” - o que será objeto de análise mais detalhada adiante. O vocábulo “responsabilidade” é oriundo do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo. A palavra contém a raiz latina *spondeo*, fórmula conhecida, pela qual se ligava solenemente o devedor, nos contratos verbais do direito romano. No entanto, não é nestes termos que aqui se estuda a responsabilidade, posto que correspondem a um agir de acordo com uma norma ou obrigação do agente, de modo que o que nos interessa é justamente a infração à norma ou obrigação.

Pode-se considerar, destarte, responsabilidade civil como sendo a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa. Passemos, agora, à análise dos pressupostos da responsabilidade civil.

4.1-Ação

A responsabilidade civil requer uma ação, comissiva ou omissiva, voluntária e objetivamente imputável, que pode defluir do próprio agente, de terceiro que esteja sob a sua responsabilidade, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a sua guarda. Tal ação deve ser qualificada juridicamente, isto é, se apresentar revestida de ilicitude ou licitude, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco. De maneira diversa entende Carlos Roberto Gonçalves, pois para ele a ação sempre estará, para fundamentar a responsabilidade civil, revestida de ilicitude, mesmo na responsabilidade objetiva, onde “o ato ilícito mostra-se incompleto, pois é suprimido o substrato da culpa”. De

qualquer forma, melhor se adapta ao presente trabalho a acepção geral de que a responsabilidade resultante de ato ilícito se baseia na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa se funda no risco.

A ação será comissiva quando se pratica um ato que não deveria se efetivar; sendo omissiva, quando da não observância de um dever de agir ou quando se deixar de praticar um ato que deveria realizar-se. Deverá, ainda, ser voluntária no sentido de poder ser controlada pela vontade à qual se imputa o fato, de sorte 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 provocação de fatos invencíveis como tempestades, incêndios desencadeados por raios, naufrágios, terremotos, inundações etc. Diante disto, pode-se apresentar alguns exemplos práticos no exercício profissional do optometrista: comete, por exemplo, um ato ilícito o optometrista quando ocorre uma indicação de correção incorreta, além ou aquém das necessidades do examinado (tanto hipercorreção, hipocorreção ou eixos ópticos mal formulados) podem ocorrer transtornos, com significativos problemas em relação ao equilíbrio, comportamento podal, sensações de vertigem, náuseas ou até metamorfopsia* com distorção das imagens.

Basicamente, o Conselho Nacional de óptica e optometria, com estas colocações meridianamente tão claras, incita os profissionais a atuarem com atitudes e comportamentos alicerçados no tripé: diagnóstico correto, atualização de conhecimentos técnicos e dignidade.

Em outras palavras, o optometrista, como prestador de serviço voltado para a promoção da saúde visual individual e coletiva, não pode ser confundido e muito menos confundir-se em sua atuação profissional com a de uma empresa comercial ou mesmo uma fábrica que produza um determinado componente eletrônico ou mecânico. Obviamente, há uma sensível diferença entre comprar produtos e prestar serviços voltados para a saúde. Por outro lado, esta diferença não pode nunca ser confundida com a necessidade sorrateira de se impor ou criar privilégios gratuitos e injustificados, que indultem, protejam ou beneficiem o optometrista. A responsabilidade profissional não pode ser confundida com a consciência profissional. Pois, enquanto aquela se inicia com a obtenção do título universitário, a consciência profissional começa nos primeiros dias da infância, sofrendo influências hereditárias, familiares, educacionais e comportamentais e em geral, representam a

somatória de fatores ou virtudes que influem e participam da formação do ser humano. Quando estes valores, somados aos fundamentos da ética e moral, são praticados e vivificados de forma inexpressiva na atividade do optometrista, este estará mais exposto e vulnerável a defrontar-se com situações geradoras de riscos e danos para seus pacientes. E porque não dizer, para si próprio também.

4.1.2-. Culpa

Stolze define culpa como sendo a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Sendo que, se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o delito contratual. E se a violação do dever, podendo ser conhecida e evitada, é involuntária, constitui a culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase delito. Inicialmente, cumpre ressaltar que a culpa, aqui, deve ser entendida como culpa “lato sensu”, abrangendo o dolo, que é a violação intencional de dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência, ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Com espeque nas lições de José de Aguiar Dias, encontra-se que a culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável, encontrando-se nesta figura dois elementos: o objetivo, expressado na iliceidade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável. A conduta reprovável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo; e a simples negligência em relação ao direito alheio, que vem a ser a culpa no sentido restrito e rigorosamente técnico. Destarte: a) imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para certos misteres. Assim, comete esta falta, o optometrista que, sem experiência, sem a devida qualificação, em determinada especialidade, propõe-se a praticar um ato de natureza optométrica complexa como, por exemplo, o implante de prótese ocular, sem a devida atualização profissional. Outros exemplos: o Optometrista que não mais se recorda dos conceitos aprendidos na graduação ou aquele que se despreocupou em atualizar se após a obtenção do seu certificado profissional.

4.1.3 - Da Responsabilidade sem Culpa

Segundo a teoria da culpa, acima esposada, incumbe à vítima o ônus da prova do dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, para que possa obter a reparação do dano. Entretanto, essa prova, em raros casos era de fácil acesso à vítima, deixando inúmeras situações de prejuízo sem ressarcimento, o que levou ao desenvolvimento da “teoria do risco”. Esta se inspira na ideia de que o elemento culpa ou é presumido pela lei (responsabilidade civil objetiva imprópria), ou é desnecessário para caracterizar a responsabilidade, bastando que ocorra o nexo de causalidade entre o ato causador do dano e este (responsabilidade civil objetiva propriamente dita); portanto, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Savatier define a responsabilidade, baseada no risco, como aquela de reparar o prejuízo causado por uma atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle.” Na responsabilidade objetiva, como regra geral, leva-se em conta o dano em detrimento do dolo ou da culpa *stricto sensu*. Desse modo, para o dever de indenizar bastam o dano e o nexo causal, prescindindo-se da prova da culpa.” Assim é o posicionamento da melhor doutrina, informando que, na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.”

4.2- Dano

Sem a ocorrência de um dano, não há como caracterizar a manifestação de uma responsabilidade. Etimologicamente, vem de demere, que significa tirar, apoucar, diminuir, ou seja, a ideia de dano relaciona-se como a de prejuízo, lesão ou perda, seja ela física, psicológica, funcional, patrimonial ou moral. É todo ato que diminua ou cause menoscabo aos bens materiais ou imateriais. Maria Helena Diniz elenca os principais requisitos para a configuração do dano indenizável a) Diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa; b) Efetividade ou certeza do dano, embora haja casos de presunção do dano, como a inscrição indevida do nome de pessoa física ou jurídica em cadastro de entidades de proteção ao crédito; c) Causalidade; d) Subsistência do dano; e) Legitimidade; f) Ausência de causas excludentes de responsabilidade.”

4.2.1-Dano Patrimonial

O patrimônio é uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa, sendo, portanto, um dos atributos da personalidade e como tal intangível. Qualquer prejuízo (perda ou deterioração, total ou parcial) causado aos bens que compõem esse acervo configura o dano patrimonial. É o prejuízo econômico sofrido pela vítima. O dano patrimonial abrange o dano emergente (quando o prejuízo recai sobre um determinado ganho financeiro, os prejuízos efetivamente sofridos pela vítima) e os lucros cessantes (quando impede o aumento do patrimônio, é o que deixou de auferir em virtude do dano - *lucrum cessans*). Pode o dano patrimonial ainda ser classificado em: a) direto, quando causa imediatamente um prejuízo a vítima, bem como aos seus bens; e b) indireto, quando advém de um ato aos direitos da personalidade ou quando causa prejuízo a terceiros; ou ainda, é o que decorre de circunstâncias ulteriores que agravam o prejuízo diretamente suportado. É nesse contexto que se enquadra o dano estético, mas que reflete também prejuízos de ordem moral. Assim, o dano estético vai estar ora gravitando ao redor do patrimônio da vítima ora ao redor da sua psique, pela dor suportada, pela vergonha de sua aparência etc.

4.1.2-Dano Estético

Pode-se entender o dano estético como sendo 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 desgastante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influencia sobre sua capacidade laborativa: Com escólio nos ensinamentos de José de Aguiar Dias, o dano estético estaria compreendido no dano moral, de modo que, em regra, se pode ter como cumuláveis a indenização por dano estético e a indenização por dano moral. Um caso que demonstra com clareza tal assertiva é o da manequim (ou atriz, bailarina, cantora, apresentadora de programa televisivo, etc) que necessita de seu belo sorriso para poder ter o seu sustento. Na optometria, não cabe dano estético, por se tratar de uma profissão que não usa métodos invasivos, segundo Francisco Xavier de Lima.

4.2.2-Dano Moral

O dano moral ficou, a partir da Constituição Federal de 1988, admitido explicitamente no art. 5º, inciso X, e será o valor da indenização determinado em juízo. “O que foi seguido pelo novo Código Civil, que em seu artigo 186 estatui: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Para Carlos Roberto Gonçalves, o dano moral é o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilícitamente produzida por outrem. Savatier o define como sendo qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc.” Maria Helena Diniz, assim apresenta o conceito de danos morais: “São lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”. Acerca do conceito e dos critérios para a mensuração dos danos morais, oportuno é trazer à

baila os ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa, para quem o dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, transitando o prejuízo pelo imponderável; daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o bônus pater famílias: não se deve levar em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. “Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal”. Os danos morais podem eventualmente conviver com o profissional optometrista, por exemplo quando houver um defeito na prestação do serviço, onde o paciente recebe uma RX trocada e manda confeccionar os óculos, e os mesmo não os servem, pode ser ainda em outra situação, como um e assédio sexual promovido pelo optometrista. Veja-se: TJ-RJ - APELAÇÃO APL 00592145620108190004 RIO DE JANEIRO SAO GONCALO 4 VARA CIVEL (TJ-RJ)

Data de publicação: 18/01/2013

Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DEMANDA VISANDO REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RECEITUÁRIO PARA CONFECCÃO DE LENTES SUBSCRITO POR **TÉCNICO EM OPTOMETRIA**. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DANO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO NÃO CARACTERIZADO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ACERTO DO JULGADO. Conquanto a responsabilidade do prestador de serviço público seja objetiva, na forma do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, isto não quer dizer que deve ele responder sem que fique comprovado ter, com sua conduta, dado causa ao dano do qual reclama o autor. Não restou provado nos autos que autora teria sido enganada pelo **Técnico em Optometria**, ao tentar se passar por médico oftalmológico. A atuação do **técnico** e da clínica não se mostra ilegal ou abusiva, pois não extrapolaram os limites de sua atribuição. A autora não comprovou o alegado equívoco na prescrição feita pelo segundo réu. Fato que poderia ser facilmente verificado caso tivesse apresentado outro receituário ou até mesmo com o requerimento da prova pericial. Defeito na prestação do serviço que não restou demonstrado. Ônus que incumbiria à autora, por força do art. 333, I, do Código de Processo Civil. Recurso ao qual se nega provimento.

4.3-Nexo de Causalidade entre Dano e Ação

Só existirá direito à reparação quando houver uma relação de causa e efeito entre a ação e o dano. É, assim, a relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu chamada de nexo causal. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu, bastando que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. E este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência. Para Sílvio de Salvo Venosa o conceito deriva das leis naturais. E é o liame que une a conduta do agente ao dano, sendo por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Segundo o autor, trata-se de elemento indispensável, sendo que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, onde se dispensa a culpa, nunca será dispensado o nexo causal. “Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida”. No exercício profissional do Optometrista existe uma dificuldade para poder individualizar quem deve responder pelo dano ocorrido: “um exemplo seria: que um paciente procure um optometrista para adaptação de lentes de contato, mas se abstende se das regras de assepsia, o paciente pode ser acometido de grave infecção na córnea ou outra patologia. Encaminhado a um médico para o tratamento da infecção, este, por erro de diagnóstico, venha a ministrar um antibiótico ao qual o paciente era alérgico e, por consequência, venha a perder a visão total.” A solução é dada pela teoria da relação causal imediata, segundo a qual é preciso que exista uma relação direta e imediata entre o dano e sua causa, desde que esta seja causa necessária para sua realização. Assim, Agostinho Alvim explica que “é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano”. Destarte, no caso em tela, a responsabilização pelo resultado “cegueira” recairia exclusivamente sobre o médico, o qual foi o responsável direto e imediato pela perda da visão da vítima. Ao Optometrista caberia apenas o ressarcimento por eventual dano decorrente da infecção por ele provocada, esvaziando-se de qualquer relevância jurídica após a cegueira do paciente causada por erro do médico.

5-O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como prestação de serviço que é, eis que a atividade do Optometrista é oferecida ao paciente mediante uma remuneração, a relação estabelecida entre o profissional e o paciente configura-se numa relação de consumo, onde aquele se obriga a usar toda a sua habilidade visando, no mais das vezes, alcançar um resultado almejado. Deve arcar o profissional liberal, portanto, com a responsabilidade pelo fato e pelo vício do serviço. Outra importante consequência deste enquadramento como relação de consumo é a de que o prazo de prescrição para reclamar a reparação do dano derivado da prestação do serviço é de cinco anos (artigo 27 do CDC). Entenda-se que, constituindo circunstância extraordinária a relação de consumo, insere-se o fato no campo da responsabilidade civil, ficando, assim, a ação sujeita à prescrição do artigo 205 do Código Civil, ou seja, 10 (dez) anos. Assim, se sujeita a prescrição quinquenal apenas a responsabilidade advinda dos danos decorrentes da má prestação do serviço optométrico em casos como: o optometrista que, ao finalizar o tratamento para colocação de prótese ocular, aferir medidas da prótese removível com encaixe insatisfatório.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, § 4º estabeleceu que "a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa". Esta norma é temperada pelo art. 6º, VIII, do citado diploma legal, quando é dito que poderá haver a inversão do ônus da prova, no processo civil, em favor do consumidor. Assim, não desaparece, quando é contratado determinado optometrista e ocorre um dano proveniente de medidas erradas da refração, a necessidade da comprovação de culpa, havendo, em verdade, a chamada "culpa presumida", quando o juiz verificar a possibilidade de inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional liberal provar que o alegado pelo consumidor não corresponde à verdade. No entanto, há quem entenda que permanece a responsabilidade objetiva (independente de culpa) no caso da prestação de serviço por pessoa jurídica. No caso do optometrista, este prestará os seus serviços, ou individualmente como autônomo, ou nas lojas de ópticas que ele for contratado, trabalha (não autônomo) para uma clínica (particular ou pública - como no caso das prefeituras) responderá ele apenas, por culpa, enquanto a responsabilidade civil e da entidade que o contratou onde será apurada objetivamente.

É o teor do artigo 932, inciso III c.c. 933 do Código Civil (2002), in verbis:

Art. 932, CC. "São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

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

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia."

Art. 933, CC. *As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo anterior, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.*

Mais acertado parece, o entendimento segundo o qual, independentemente de vínculo empregatício entre a entidade prestadora de serviços e o optometrista, a análise da atuação pessoal deste é que determinará, ou não, a responsabilidade do estabelecimento. Assinala Venosa que "a responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado; se houver culpa do médico, nada impede que o lesado proponha a demanda em face de ambos, pessoa física e jurídica, ou de apenas um deles" - ressalvando-se que o mesmo é válido quando se tratar de atuação profissional do optometrista.

6- UNIVERSO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Orienta-se o sistema jurídico pátrio pela adoção da teoria dualista ou clássica da origem da responsabilidade, separando em compartimentos estanques a culpa contratual da culpa extracontratual, o que é criticado pela teoria monista, que sustenta a desnecessidade da fixação de um regime de responsabilidade que procura regular diferentemente, pois os efeitos de uma e outra forma de responsabilidade são os mesmos, qual seja gerar o dever de indenizar a vítima do ato lesivo; assim como os pressupostos para esse dever também são os mesmos: ação culposa, dano e nexa causal. De qualquer forma, a crítica não prevaleceu em nosso ordenamento.

6.1-Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual

A responsabilidade contratual caracteriza-se pela inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral, resultando do inadimplemento ou mora no cumprimento da obrigação assumida; é uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contraentes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar. Já a responsabilidade extracontratual é aquela que decorre diretamente da violação legal, ou seja, da lesão de um direito subjetivo, ou melhor, da infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesante e lesado.” Assim, conforme leciona o insigne jurista Sílvio Rodrigues, na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu co contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção; e, na hipótese da responsabilidade aquilina, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar

6.2-Obrigações de Meio e Obrigações de Resultados

A responsabilização do optometrista poderá surgir independentemente da existência de um contrato (formal ou tácito) com seu paciente, pois, mesmo na sua

ausência, subsiste o dever do profissional, em virtude, até mesmo, em última análise, do disposto no artigo 186 do Novo Código Civil:

"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O Artigo já nos mostra o que diz respeito ao tipo de obrigação gerada pelo contrato de prestação de serviços firmado entre optometrista e paciente, se de meios ou de resultado, em muito diverge a doutrina. Para a maioria, a relação entre um paciente e um profissional da saúde não médico está mais próxima de uma obrigação de resultado, pois as técnicas e os instrumentais modernos oferecem uma margem de acerto muito maior do que de erro.

O compromisso profissional do optometrista envolve mais acentuadamente uma obrigação de resultados, porque ele é responsável pelo cuidado primário da visão, atuando na investigação e compensação da visão, através de meios ópticos, além de atuar na prevenção da cegueira, detectando patologias oculares e sistêmicas que afetam a visão, não fazendo uso de medicamentos nem de métodos cirúrgicos. No entanto, não deve prevalecer tal entendimento. A Saúde Visual está diretamente ligada ao exame e a avaliação do funcionamento do aparelho visual, que quando apresenta alterações, podem ser compensadas através do uso de óculos ou lentes de contato. A saúde ocular, ao diagnóstico das doenças oculares e sistêmicas que afetam a visão e necessitam de tratamento médico através de medicamentos e cirurgias. Portanto, a uma ciência não matemática, sendo lógico que os seus princípios não se revistam no atributo da exatidão. Assim é o entendimento da moderna jurisprudência de nossos tribunais:

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Ag Rq no Ag 1269116 RJ 2010/0009507-4 (STJ)

Data de publicação: 14/04/2010

Ementa: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. **OBRIGAÇÃO DE MEIO, E NÃO DE RESULTADO. ERRO MÉDICO.** REEXAME DE PROVAS. SUMULA 07/STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que a relação entre **médico** e paciente é de **meio**, e **não** de fim (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado – responsabilidade subjetiva, portanto. 2. Todavia, o acórdão recorrido entendeu que houve responsabilidade da União mediante ter ocorrido erro **médico**, por **meio** de seu agente, pericialmente comprovado, o que afasta qualquer dúvida sobre a sua responsabilidade em ressarcir os danos materiais e compensar o dano moral. O valor arbitrado pela sentença proferida pelo juízo singular em R\$10.000,00 (dez mil reais) foi majorado – em razão da gravidade do dano sofrido, que acarretou a incapacidade parcial e permanente do autor, com a perda de parte dos movimentos da perna esquerda, conforme o Tribunal de origem – para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). 3. Resta nítido que a convicção formada pelo Tribunal de origem decorreu dos elementos existentes nos autos. Rever a decisão recorrida importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal, nos termos da Súmula 07/STJ. 4. Segundo entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, somente é possível a modificação da indenização por danos morais, se o valor arbitrado for manifestamente irrisório ou exorbitante, de modo a causar enriquecimento sem causa e vulnerar os princípios da razoabilidade e da

proporcionalidade, o que **não** ocorre no presente caso. 5. Agravo regimental **não** provido.

**STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1395254 SC
2013/0132242-9 (STJ)**

Data de publicação: 29/11/2013

Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. **OBRIGAÇÃO DE RESULTADO**. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: 6º, VIII, E 14 , § 4º , DO CDC .

1. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada em 14.09.2005. Dessa ação foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 25.06.2013. 2. Controvérsia acerca da responsabilidade do médico na cirurgia estética e da possibilidade de inversão do ônus da prova. 3. A cirurgia estética é uma **obrigação de resultado**, pois o contratado se compromete a alcançar um **resultado** específico, que constitui o cerne da própria **obrigação**, sem o que haverá a inexecução desta. 4. Nessas hipóteses, há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova. 5. O uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento de sua **obrigação**. 6. A jurisprudência da 2ª Seção, após o julgamento do Reps 802.832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso San severino, DJe de 21.09.2011, consolidou-se no sentido de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, e não de julgamento. 7. Recurso especial conhecido e provido.

7-ASPECTOS ESPECÍFICOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO OPTOMETRISTA

A respeito da natureza contratual da relação médico-paciente - a qual, *mutatis mutandis*, se assemelha à relação existente entre o optometrista e paciente - diz Luciana Mendes Pereira Roberto, em sua obra "Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado", que por muito tempo se discutiu a natureza jurídica da relação médico/paciente, pois foi inserido o erro médico pelo legislador entre os atos que ensejariam indenização tendo em vista a sua ilicitude, e não como derivação da simples inobservância ou descumprimento de obrigação previamente assumida." Entretanto, acentua Luciana Mendes, apesar de o Código Civil Brasileiro colocar a responsabilidade médica entre os atos ilícitos, não mais acende controvérsias caracterizar-se a responsabilidade médica como *ex contractu* embora faça o autor referência ao Código de 1916, conclui pela natureza contratual da relação médico-paciente, o que se aplica nos dias de hoje. É neste sentido também o que ensina Nehemias Domingos de Melo: "Ora, a natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida. (...) Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual (...)". No entanto, não se pode deixar de frisar que a responsabilização do optometrista poderá *ex surgir* independentemente da existência de um contrato (formal ou tácito) com seu paciente, pois, mesmo na sua ausência, subsiste o dever do profissional, em virtude, até mesmo, em última análise, do disposto no artigo 186 do Novo Código Civil. Já no que diz respeito ao tipo de obrigação gerada pelo contrato de prestação de serviços firmado entre o optometrista e o paciente, se de meios ou de resultado, em muito diverge a doutrina. Para a maioria, a relação entre um paciente e um optometrista (ou um profissional da saúde não médico) está mais próxima de uma obrigação de resultado, quando se trata de resolver o problema que o paciente chegou ao consultório, pois as técnicas e os instrumentais modernos oferecem uma margem de acerto muito maior do que de erro. o compromisso profissional do Médico envolve mais acentuadamente uma obrigação de resultados, porque às patologias que são encontradas correspondem a algo específico e que seus processos são mais regulares e restritos, sem embargos das relações que podem determinar com desordens patológicas gerais; conseqüentemente, a sintomatologia, a diagnose e a terapêutica são muito mais definidas e é mais fácil para o profissional comprometer-

se a cura”. No entanto, não deve prevalecer tal entendimento. Assim se esclarece mais a frente em uma citação: “Nas profissões sanitárias, como a medicina e optometria, é evidente que o compromisso contratual do profissional não pode consistir em restaurar a saúde agravada, mas em empregar todos os recursos disponíveis com esse fim. Por isso, diz-se que é uma obrigação de meios e não de resultado, ou para adotarmos a definição da jurisprudência francesa - consiste em prodigalizar ao cliente 'cuidados conscienciosos, atenciosos, e, salvo circunstâncias excepcionais, conforme aos dados adquiridos pela ciência. Destarte, “tanto o médico, optometrista, como o jurista, encarnam sentidos humanísticos, enquanto exercem profissões diretamente estabelecidas ao serviço do homem; ambos procuram o bem estar humano”. Nesse desiderato, o que esses profissionais irão empregar é o adequado grau de zelo, diligência e carinho, sujeitando o resultado de suas ações, muitas vezes, a situações alheias ao seu controle. O advogado, está sujeito às variadas decisões que são tomadas sobre como aplicar a lei aos casos concretos por ele apresentados. Já o médico e o optometrista, sujeitam-se a fatores ainda mais imprevisíveis, inexatos. Neste sentido a optometria se enquadra entre as profissões que não se regem pelos termos da certeza, no caso de um engenheiro construtor exemplifica cuja construção desaba por erro de cálculo, não se pode admitir escusas, em face da natureza matemática de sua profissão, o mesmo não ocorrendo com a optometria ou a Medicina, ambas ligadas à Biologia, e, portanto, a uma ciência não matemática, quando se trata de uma avaliação biomicroscópica e oftalmoscópica, sendo lógico que os seus princípios não se revistam no atributo da exatidão, constituindo, via de regra, obrigações de meio.

7.1-Ramos da Optometria

De acordo com o MTE (Ministério do Trabalho e Emprego) com o CBO 3223-05:

Descrição Sumária:

Realizam exames optométricos; confeccionam lentes; adaptam lentes de contato; montam óculos e aplicam próteses oculares. Promovem educação em saúde visual; vendem produtos e serviços ópticos e optométricos; gerenciam estabelecimentos. Responsabilizam-se tecnicamente por laboratórios ópticos,

estabelecimentos ópticos básicos ou plenos e centros de adaptação de lentes de contato. Podem emitir laudos e pareceres ópticos-optométricos.

Formação e Experiência:

O exercício dessas ocupações requer curso técnico de nível médio, oferecido por instituições de formação profissional. o pleno desempenho das atividades profissionais se dá após o período de três a quatro anos de experiência. a(s) ocupação(ões) elencada(s) nesta família ocupacional demanda formação profissional para efeitos do cálculo do número de aprendizes a serem contratados pelos estabelecimentos, nos termos do artigo 429 da consolidação das leis do trabalho - CLT, exceto os casos previstos no art. 10 do decreto 5.598/2005.

Condições Gerais de Exercício:

Exercem suas funções em laboratórios ópticos, em estabelecimentos ópticos básicos e plenos, em centros de adaptação de lentes de contato, podendo, ainda, atuar no ramo de vendas e em atividades educativas na esfera da saúde pública. são contratados na condição de trabalhadores assalariados, com carteira assinada e, também, na condição de empregador. atuam de forma individual e em equipe, sem supervisão, em ambientes fechados e também em veículos, no período diurno.

A optometria pode ser subdivididas em varias áreas de atuação incluído:

- a) Optometria Pediátrica;
- b) Optometria Funcional;
- c) Optometria para tratamento ortoptico;
- d) Optometria Comportamental;
- e) Optometria Neurocognitiva.

Em cada uma delas se observará um tipo de obrigação assumida pelo Optometrista perante o seu paciente; pode ocorrer, no entanto, que se tenha, em determinada especialidade, de analisar o caso concreto para que se possa aferir qual a obrigação caracterizada. E isso vai depender, sobretudo, do grau de evolução

técnica da especialidade, de modo que permita ou não o alcance do resultado almejado pelo paciente com segurança e certeza. Destarte, passemos a análise de cada uma das especialidades citada em tela.

a) Optometria Pediátrica;

Optometria Pediátrica lida com as questões da análise visual em pré-escolar e escolar, erros de refração, anomalias estrabismo visão binocular e sem estrabismo, baixa visão e soluções ópticas estes problemas com as lentes oftálmicas, lentes de contacto e terapia visual. Também dedica um problema para esses mesmos problemas em crianças com paralisia cerebral e distúrbios neuromotores, e outra triagem visual nas escolas, nos informa de sobre novos conceitos e conhecimento de Pediatria. Em seguida, a optometria pediátrica se dedica um problema para a medicina das crianças em seus dois aspectos, pediatria, criança doente, e cuidado da criança, criança saudável onde explica desenvolvimento psicomotor na criança, podendo encontrar a importância da visão em crianças. em seguida é visto alguns tópicos como os problemas de alfabetização e dificuldades de aprendizagem diagnóstico relacionado à visão, que se conectar diretamente a visão da criança. Mas a função da visão é baseada em estruturas a serem desenvolvidas durante a infância. Pondo em questão o desenvolvimento orgânico do sistema visual e desenvolvimento funcional do sistema visual.

b) Optometria Funcional;

Optometria funcional: comparação com a optometria clássica introdução as diferentes correntes da optometria, clássica vs funcional, bem como aos problemas visuais em que se propõem intervir, nomeadamente: terapia visual para a leitura, prevenção da miopia, terapia para tratamento de ambliopia e estrabismo, neuro-reabilitação visual, efeito das baixas adições no sistema nervoso simpático e parassimpático, prismas conjugados para correção de postura e de problemas de visão binocular. **Parte 2 função visual:** padrões típicos de um sistema visual com e sem alterações discussão clinicamente orientada das formas mais comuns de avaliação da função visual, nomeadamente: acuidade visual, sensibilidade ao

contraste e campos visuais. Serão revistas as técnicas de observação das estruturas oculares para inspeção da saúde ocular quando a função visual está alterada e existe suspeita de alteração morfológica visível. Serão discutidas as diferenças entre alterações visuais provocadas por problemas refrativos e por alterações da fisiologia/morfologia do sistema visual. **Parte 3 da retina até ao córtex:** integração da informação visual, plasticidade e aprendizagem perceptual a organização das vias ópticas e o córtex visual primário. Dominância sensorial, mecanismos de organização da visão binocular e correspondência retinotópica. A enervação para a motilidade ocular, vias aferentes e eferentes para controlo da resposta do sistema oculomotor, sistema acomodativo e a sua interação com a percepção visual. A interação da informação visual com outra informação sensorial. Períodos críticos da plasticidade do sistema visual, a capacidade de aprendizagem perceptual: relevância para a prática clínica. **Parte 4 ambliopia:** Nesta unidade serão estudados os principais tipos e causas de ambliopia. No final desta unidade deve ser capaz de descrever ambliopia de não ambliopia. Deve saber distinguir diferentes tipos de ambliopia, enumerar fatores de risco e descrever o princípio fundamental do seu tratamento. Deve ainda ter noções concretas sobre o valor do erro refrativo que pode conduzir à ambliopia. **Parte 5 estrabismos** Revisão anatômica e fisiológica sobre os músculos externos oculares. A nomenclatura usada na descrição dos movimentos oculares, as leis fundamentais da inervação e a interpretação. A motilidade ocular fisiológica e anômala à luz dos conhecimentos acima requeridos. Revisão dos períodos críticos de desenvolvimento das capacidades visuais com especial destaque para os que envolvem a visão binocular. Os diferentes graus de visão binocular, os vários tipos de fusão, disparidade de fixação, horoptero e áreas de Panun. Os mecanismos de correspondência retiniana anômala e supressão e relação com a existência de diplopia nos casos de estrabismo.

c) Optometria para tratamento ortoptico;

O Optometrista que oferece tratamento ortoptico é um perito na avaliação da função binocular e do funcionamento visual, da reabilitação dos distúrbios da binocularidade (nomeadamente do estrabismo) e da deficiência visual. "A natureza

da sua formação dota este profissional de especiais competências para a comunicação com os indivíduos que possam estar atingidos direta ou indiretamente, pelas problemáticas das alterações visuais, estando especialmente vocacionados para as atividades de educação para a saúde da visão, rastreio e prevenção".

d) Optometria Comportamental;

A Optometria Comportamental é dedicada à análise e a melhora do sistema visual e da sua integração com os outros sentidos. Onde o objetivo é detectar e tratar os problemas visuais que interferem no rendimento da pessoa e que impedem o alcance do seu máximo potencial. Se Trabalhando com pacientes de todas as idades e com diferentes tipos de dificuldades, incluindo problemas de desenvolvimento, problemas de aprendizagem relacionados com a visão, problemas binoculares, ambliopia, estrabismos e problemas visuais derivados de lesões cerebrais. É Utilizado uma ampla variedade de técnicas terapêuticas, entre as quais se encontram a Terapia Visual, a Terapia de Movimentos Rítmicos, a integração dos reflexos primitivos, as lentes de rendimento e as lentes de contato.

e) Optometria Neurocognitiva.

A visão é muito mais para ver ou olhar. É um processo cognitivo que pode ser aprendida e está ligada ao desenvolvimento da pessoa. Há uma relação bidirecional entre o desenvolvimento visual e desenvolvimento global da criança, para que quando houver qualquer impedimento em qualquer um dos dois, de aprendizagem presente e futuro pode ser comprometida.

Os primeiros meses de vida, desde o nascimento, são fundamentais para o motor futuro, o desenvolvimento cognitivo e emocional, por isso é muito importante que a verificação visual é tão breve quanto possível, nos primeiros dias ou semanas de vida, com o slogan nunca é cedo demais.

Neurocognitivo e optometria comportamental, desenvolvimento de visão liga, olhando para os momentos-chave que dificultam processos de aprendizagem eficiente e com eles a trabalhar para melhorar a coordenação olho, o relacionamento

inter-hemisférica, lateralidade e, assim, provocar uma nova organização desses processos melhorar a memória de trabalho, atenção, coordenação e controle motor, o pensamento fluido, expressão verbal e processos de alfabetização e compreensão. É feita a avaliação na visão, não só a acuidade visual (ambliopia), mas como os dois olhos juntos (convergência, divergência e alojamento, estrabismo) trabalho. É também avaliada como as, habilidades de percepção visual, de atenção, de inteligência fluida, conhecimento prévio, compreensão e processo de leitura, de escrita, de controle bilateral de diferentes partes do corpo, desenvolvimento de lateralidade, movimentos oculares, entre outras habilidades é processado. Podendo ter uma terapia personalizada para cada criança, e assim causar a mudança desejada no desenvolvimento.

7.1.1-Obrigações de Meio ou de Resultado?

Como já esposado anteriormente, a relação contratual existente entre optometrista e paciente encerra ora obrigações de meio ora de resultado, o que vai depender, sobretudo, do grau de evolução técnica da especialidade, de modo que permita ou não o alcance do resultado almejado pelo paciente com segurança e certeza. Assim, pode-se elencar como eminentemente de resultado as seguintes especialidades optométricas, para as quais basta o inadimplemento da obrigação assumida para que se configure o direito à indenização, de modo que competirá ao optometrista provar que a falta do resultado previsto não decorreu de culpa sua: a) adaptação de lente de contato; e b) adaptação de prótese ocular. Tais especialidades trabalham com análises feitas onde necessita da subjetividade do paciente, buscando um parecer final, o qual deve ser preciso. No entanto, nada impede que seja fornecido pelo paciente informação não pertinente, sugerindo que se busque o diagnóstico através de outros exames. Ao optometrista é apenas exigido o emprego diligente da técnica adequada tendente a produzir o escopo almejado, com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da saúde visual do paciente, mantendo-o incólume. É vedado ao optometrista utilizar qualquer medicamento ou técnica invasiva (exceto nos Estados Unidos, Colombia e Inglaterra). Todos os equipamentos utilizados são de caráter observacional e direcionados para a avaliação quantitativa e qualitativa da visão. Ficando assim

limitado em suas atuações, não podendo ser invasivo. As demais especialidades optométricas apresentarão ora características das obrigações de meio ora das de resultado, devendo ser analisado o caso concreto. Constituído se, via de regra, uma obrigação de meio.

7.2-Os Erros Profissionais em Optometria

Os erros profissionais admitem divisão em várias modalidades, no caso dito no tópico, a optometria como outra profissão está sujeita a erros. Onde cito alguns:

1) Má adaptação de lente de contato:

Onde pode ser medida errada das curvas bases, ficando assim uma lente que causa desconforto, muitas vezes tocando no “limbo” e causando dores no paciente; Diâmetro de pupila menor ou maior do que seria o esperado, fazendo que tenha uma estética que traga estranheza; ou até mesmo uma falta de higiene, podendo levar o paciente a apresentar várias patologias, mesmo quando essa falta seja pelo próprio paciente que não foi informado pelo optometrista a manter esses hábitos em casa

b) Por omissão:

Falta do emprego de um recurso indispensável, por exemplo, não fazer uma anamnese do paciente.

Deixar de verificar passos indispensáveis na ficha clínica, como por exemplo, a oftalmoscopia, que poder ser descoberto uma patologia no fundo do olho do paciente, onde esse deverá ser encaminhado para um oftalmologista.

3) Erros na fórmula final:

A chamada prescrição final, pelo autor Antonio Claudio da Silva Maciel, para ele é a fórmula óptica e outros fatores clínicos a considerar na avaliação. Os fatores clínicos devem conter a distância pupilar e a acuidade visual. E ele continua:

Para se evitar erros é necessário considerar vários aspectos, tais como o uso que se deve dar aos óculos ou lente de contato, isto determina o grau sintomatologia e dos requerimentos visuais do paciente.

4) Erros de prognóstico:

Deve ser responsabilizado, por exemplo, quando der pouca importância à lesão do paciente, resultante da prática da adaptação de lente de contato, aconselhando-o a não procurar um médico.

5) Falta de higiene:

O que pode dar ensejo à transmissão, para o paciente, de doenças infectocontagiosas.

Divisão dos erros profissionais:

I Não culposos: resultantes da insuficiência da própria optometria;

I Culposos: a) simples (erros de refração); e, b)magistrais (erros de tratamento ou de adaptações)

A Origem dos erros profissionais culposos:

- a)pressão do fator econômico;
- b)fragilidade moral do optometrista;
- c) falta de vocação profissional; e,
- d) orgulhosa omissão das regras científicas.

Grau dos erros profissionais culposos:

- a) grosseiros (imperícia);
- b) graves (negligência), e,
- c) voluntários (imprudência)

De acordo com o autor, a divisão dos erros surge dos seguintes conceitos: “Os erros culposos resultam da falta de preparo, da falta de precaução e da falta de cuidado. Nestes casos, o evento de dano que o erro determina é sempre o resultado óbvio do não conhecer as regras da ciência, ou do não saber fazer segundo essas mesmas regras ou, finalmente, de ações temerárias ou desmazeladas. São erros inevitáveis. Os erros não culposos são os que resultam da falibilidade dos princípios científicos que servem de suporte às profissões. São erros inevitáveis.” Por sua vez, os erros culposos são divididos em erros culposos simples e erros culposos magistras. Continua o autor: “Os primeiros são cometidos por quaisquer profissionais, de nenhuma, de pequena, ou de média notoriedade. Os segundos são os cometidos por eminentes profissionais, senhores de grande fama, principalmente os professores.” O autor, ao continuar a sua sistematização, subdivide tanto os erros simples como os magistras em erros de diagnóstico, de tratamento e de prognóstico. Nos casos de erro de diagnóstico, considera-se duas situações distintas. Primeiro, quando o erro é o resultado de uma propedêutica insuficiente. Segundo, quando resulta de um raciocínio falho, defeituoso, em virtude de não se saber interpretar o resultado dos diversos dados clínicos ou laboratoriais.

7.3-Responsabilidade Indireta ou Complexa

Muitas vezes, para que se faça justiça, é necessário desbordar a responsabilidade civil da pessoa causadora do prejuízo e alcançar outra, à qual o agente esteja ligado por uma relação jurídica, e, em consequência, possa ela ser convocada a responder. Aí se situa a responsabilidade por fato de outrem e a pelo fato das coisas, ou simplesmente responsabilidade indireta ou complexa.

7.3.1- Responsabilidade por Fato de Outrem

Oportuno neste tópico retornarmos a duas espécies de culpa esposadas à página, quais sejam: culpa in eligendo, a qual advém da má escolha daquele em que se confia a prática de um ato ou o adimplemento da obrigação (Súmula 341 do STF);

e culpa in vigilando, que decorre da falta de atenção com o procedimento de outrem, cujo ato ilícito o responsável dever pagar. Eis, novamente, no Código Civil, os textos que estipulam tal responsabilidade: “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: (___) III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; (...) Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.” Assim, o optometrista responde pelo erro ou defeito na execução dos serviços prestados por todos os técnicos e demais profissionais que o auxiliam no exercício de seu mister, os quais exercem atividades acessórias, dependendo do optometrista para a sua prática; é garantido, entretanto, o direito de regresso do optometrista contra o causador do dano. Ressalte-se, porém, que “se estes profissionais extrapolarem em suas funções e principalmente praticarem atos privativo do médico, responderão pessoalmente por exercício ilegal da profissão é uma contravenção penal, com pena de 15 dias a 3 meses de prisão. Como segue na Jurisprudência :.

STJ - HABEAS CORPUS HC 90033 RO 2007/0209599-0 (STJ)

Data de publicação: 12/04/2010

Ementa: HABEAS CORPUS. EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. JUSTA CAUSA. POSSIBILIDADE DO OPTOMETRISTA RECEITAR OU PRESCREVER GRAU DE LENTES DE ÓCULOS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. INEXISTÊNCIA DE COCAÇÃO ILEGAL A SER SANADA NA OPORTUNIDADE. 1. O exame da inexistência de prova da materialidade e da negatividade autoria demanda aprofundada discussão probatória, enquanto que para o trancamento da ação penal é necessário que exsurja, à primeira vista, sem exigência de dilação do contexto de provas, a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade. 2. Em sede de habeas corpus, somente deve ser obstado o feito se estiver comprovado, de forma indubitável, a atipicidade da conduta; a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade; e a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. 3. In casu, ainda que o paciente possua o curso técnico de nível médio em técnico em óptica cujo conteúdo programático prevê a verificação da acuidade visual, não restou devidamente comprovado danos a sua habilitação para receitar ou prescrever grau de lentes de óculos. Dessa forma, a devida apuração se o optometrista é ou não autorizado a praticar tal

conduta deve ser feita no âmbito da ação penal, dotada de maior amplitude cognitiva que a via do presente writ. 4. Ordem denegada.

Encontrado em: PENAL EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL STJ - HABEAS CORPUS HC 90033 RO 2007.

7.3.2-Responsabilidade por Fato das Coisas

Responde o optometrista pelos acidentes decorrentes das más condições de seus instrumentais ou equipamentos utilizado no exercício da profissão; os mesmos devem estar em perfeitas condições para que possa ser utilizado, não podendo o optometrista escusar-se alegando caso fortuito ou força maior, caso venha causar algum dano ao paciente. Pode citar como exemplo a não utilizações dos EPI (equipamento de proteção individual). Deve o optometrista, portanto, manter em perfeito estado de conservação os seus equipamentos, instrumentais e produtos utilizados, respondendo por negligência se assim não proceder. Importante, também, a verificação da qualidade destes quando da sua aquisição, pois será o responsável pelos defeitos que provoquem danos ao paciente, embora mantenha resguardado o seu direito de regresso contra o vendedor ou fabricante.

O CDC traz exatamente 4 (quatro) artigos referentes, ou seja, que faz citações sobre a responsabilidade civil, onde dispõe sobre a proteção do consumidor e das outras providencias, são eles:

CDC - Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o 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.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

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

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

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

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

I - o modo de seu fornecimento;

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

III - a época em que foi fornecido.

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

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

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

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

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

Art. 18. 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, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

§ 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo.

§ 5º No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor.

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

- I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;
- II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;
- III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

7.4-Das Excludentes de Responsabilidade

O profissional optometrista não será responsabilizado se o evento danoso se der por erro escusável, em face do estado da ciência, por culpa exclusiva da vítima, por caso fortuito ou força maior, e se ele agiu sem culpa e de conformidade com as normas norteadoras do exercício de sua profissão. Pode, ainda, ocorrer a concorrência de culpas, a do profissional e a do paciente, caso em que será mitigada a condenação do optometrista.

8-CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil do profissional optometrista é um tema não trabalhado por doutrinas brasileiras, mas que aos poucos vem conquistando espaço, sobretudo em virtude do aumento da classe de profissionais, onde os mesmos estão conseguindo obter espaço no mercado, depois da lei 12.840/13 a lei do (Ato Médico) onde teve o veto dos Incisos VIII e IX do art. 4º VIII - indicação do uso de órteses e próteses, exceto as órteses de uso temporário; IX - prescrição de órteses e próteses oftalmológicas. Razões dos vetos: "Os dispositivos impossibilitam a atuação de outros profissionais que usualmente já prescrevem, confeccionam e acompanham o uso de órteses e próteses que, por suas especificidades, não requerem indicação médica. Tais competências já estão inclusive reconhecidas pelo Sistema Único de Saúde e pelas diretrizes curriculares de diversos cursos de graduação na área de saúde. Trata-se, no caso do inciso VIII, dos calçados ortopédicos, das muletas axilares, das próteses mamárias, das cadeiras de rodas, dos andadores, das próteses auditivas, dentre outras. No caso do inciso IX, a Organização Mundial da Saúde e a Organização Pan-Americana de Saúde já reconhecem o papel de profissionais não médicos no atendimento de saúde visual, entendimento este que vem sendo respaldado no País pelo Superior Tribunal de Justiça. A manutenção do texto teria um impacto negativo sobre o atendimento à saúde nessas hipóteses." A prestação de serviços pelo optometrista se inicia pela relação contratual existente entre optometrista e paciente encerra ora obrigações de meio ora de resultado, o que vai depender, sobretudo, do grau de evolução técnica da especialidade, de modo que permita ou não o alcance do resultado almejado pelo paciente com segurança e certeza. O estudo da reparação pelo dano causado foi concebido pelo modelo liberal clássico sob uma ótica estritamente econômica, voltada para a proteção do patrimônio, inicialmente fixado na história como o conjunto de bens e direitos de um sujeito.

O modelo francês que inspirou o Código Civil brasileiro de 1916 é eminentemente burguês, voltado para institutos nitidamente individualistas como a propriedade e o contrato. Esse modelo liberal praticamente foi trazido para o novo Código (antes da entrada em vigor da constituição de 1988), embora seja digno de

encômios pela atribuição de uma função social aos seus institutos. Com a Constituição de 1988, busca-se uma valorização da pessoa através da proteção da dignidade humana. Esta proteção recai sobre a segurança, a vida e a integridade bio-psíquica da vítima, não se limitando ao aspecto econômico ou patrimonial. A tecnificação do trabalho optométrico e a corrida mercantilista do mundo contemporâneo trazem consigo uma alienação inconsciente a fatores que, direta ou indiretamente, afetam tanto os profissionais desta área do conhecimento, como os seus pacientes. Assim como, também decorrente desta busca incessante por mercado, iniciam-se cursos universitários após a recente aprovação do curso superior pelo MEC, algumas com devida preocupação com a formação acadêmica voltada para uma atuação profissional ética e responsável, e outro único fim, de auferir lucro, qualquer que seja o custo. O mais alto é pago pela sociedade, que deverá suportar em seu seio profissionais destituídos de um pensamento que integre conhecimentos técnicos, biológicos, humanos, sociais e econômicos, já que, por uma (de) formação acadêmica, os mesmos nunca foram estimulados a refletir criticamente sobre a sucessão de fatos, com alguma consequência e propriedade sociológica, antropológica, histórica, econômica e política.

Assim, ao realizar o estudo da responsabilidade civil do optometrista, deve o jurista abraçar os princípios constitucionais norteadores de uma eficaz proteção à vida e à dignidade da pessoa humana. E ao optometrista cabe, ao ter de conviver com uma atividade que queira criar e desenvolver uma consciência profunda de sua responsabilidade enquanto profissional liberal, procurando desenvolver e praticar em seu ofício, atitudes éticas, comportamentos morais, atualizações científicas constantes, um eficiente e organizado sistema de documentação, um relacionamento amistoso e por vezes até caritativo com seus pacientes e, finalmente, um respeito fiel e ativo às disposições presentes no seu Código de Ética e no ordenamento jurídico pátrio como um todo.

9-REFERÊNCIAS:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, Lei nº 8078, de 11 de set. de 1990.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, de 05 de out. de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 5 de out. de 1988.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 9a ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DINIZ, M. H. Curso de Direito Civil Brasileiro. v. 7: responsabilidade civil. 17. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Curso de Direito civil, vol. 5 .18º .São Paulo. Ed. Saraiva, 2003.

LIMA, Francisco Xavier. Optometria Legal no Brasil. ed. Servgrafica. Natal-RN 2014.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, vol 2: obrigações e responsabilidade civil. 3a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MACIEL, Antonio Claudio da Silva. Manual Pratico Ilustrativo da Optometria Funcional. Gráfica e Ed. Grafique. João Pessoa 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, vol. 5. 33 ed. v 1. São Paulo: Saraiva, 1995.

NOVO Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de jan. de 2002. Institui O Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 11 de jan. de 2002.

PEREIRA, C. M. S. Responsabilidade Civil. 9º ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 9a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PRUX, Oscar Ivan. Responsabilidade civil do profissional liberal no código de defesa do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. Responsabilidade Civil do Profissional de saúde e consentimento São Paulo. Ed. atlas. 2013.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA FILHO, José Roberto Lopes da. As Leis da Óptica e da Optometria Comentada a luz da Constituição de 88. Fortaleza. grafica e ed. LCR 2016.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. Responsabilidade civil no erro médico. Artigo publicado em: <<http://www.saude.sc.gov.br>>. Acesso em: 25 mai. 2004.

VENOSA. Direito Civil. v. 4: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

http://www.institutodesarrolloinfantil.com/terapia_visual_neurocognitiva_y_comportamental.php.

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10606811/artigo-12-da-lei-n-8078-de-11-de-setembro-de-1990>

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10607157/artigo-8-da-lei-n-8078-de-11-de-setembro-de-1990>

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10606184/artigo-14-da-lei-n-8078-de-11-de-setembro-de-1990>

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10605675/artigo-18-da-lei-n-8078-de-11-de-setembro-de-1990>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm

http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0365-66912005000700012

<http://www.ocupacoes.com.br/cbo-mte/322305-tecnico-em-optica-e-optometria>.

<http://optometriabrasil.blogspot.com.br/p/optometria.html>