

## Revista Brasileira de Odontologia Legal – RBOL

ISSN 2359-3466

<http://www.portalabol.com.br/rbol>



### Responsabilidade profissional

## A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL ODONTOLÓGICA.

### *The loss of a chance theory in dental professional liability.*

Sara Neves CANTARELO<sup>1</sup>, Bernardo Perea PÉREZ<sup>2</sup>, Carlos Henrique SOARES<sup>3</sup>, Fernanda Capurucho Horta BOUCHARDET<sup>4</sup>.

1. Especialista em Odontologia Legal, Pontifícia Universidade Católica, Minas Gerais, Brasil.

2. Toxicología y Legislación Sanitaria, Facultad de Medicina, Universidad Complutense de Madrid, Espanha.

3. Direito Processual Civil, Pontifícia Universidade Católica, Minas Gerais, Brasil.

4. Mestre em Medicina Legal e Doutora em ciências da saúde. Pós-graduada em Avaliação do Dano Pós-Traumático pela Universidade de Coimbra, Portugal.

#### Informações sobre o manuscrito:

Recebido: 19 de março de 2024.

Aceito: 26 de abril de 2024.

#### Autor(a) para contato:

Sara Neves Cantarelo.

Rua Juca Flávio n 235 A. Contagem, Minas Gerais, Brasil. 32223-280.

Email: [sarancantarelo@hotmail.com](mailto:sarancantarelo@hotmail.com).

### RESUMO

A teoria da perda de uma chance tem sido utilizada de maneira crescente na jurisprudência brasileira. O que se busca no presente estudo é conceituar a teoria da perda de uma chance para relacionar com a responsabilidade profissional do cirurgião-dentista. Para tanto foi realizada investigação bibliográfica narrativa sobre o assunto em tela, sobre o qual abordou-se em tópicos: estudo da teoria da perda de uma chance; a responsabilidade profissional médica; e, a responsabilidade do cirurgião-dentista, analisando a temática da aplicação da perda de uma chance na sua rotina laboral. Concluindo que a teoria se torna uma possibilidade de reparação civil nos casos de responsabilidade profissional odontológica, desde que, os critérios necessários sejam observados através de análise técnica de profissional capacitado.

### PALAVRAS-CHAVE

Odontologia legal; Teoria da perda de uma chance; Responsabilidade profissional odontológica.

### INTRODUÇÃO

Em geral os procedimentos judiciais de responsabilidade civil constituem um elemento fundamental, não só a determinação clara do valor reclamado, mas, sobretudo, a sistematização dos critérios que permitem estabelecer o valor mais adequado ao caso. As indenizações decorrentes de responsabilidade médica e hospitalar têm se tornado cada vez mais frequentes. Esse

aumento pode ser atribuído tanto à má qualidade do ensino, quanto à maior necessidade e acesso da população aos serviços ou, até mesmo, pela maior consciência dos seus direitos e facilidade de acesso à Justiça pelo público em geral<sup>1</sup>.

A incidência das reclamações legais dos pacientes é relativamente recente no âmbito da odontologia. Nos últimos 15 anos a pressão legal dos pacientes tem se tornado um fator de

intensidade crescente que preocupa cada vez mais os profissionais. É importante ser consciente de que o fato de ser demandado se há convertido em um risco intrínseco na profissão, da mesma maneira que ocorre com o resto das profissões da área da saúde<sup>2</sup>.

Diante do aumento dos processos judiciais envolvendo cirurgiões-dentistas, bem como o crescente uso da teoria da perda de uma chance na jurisprudência, torna-se relevante a discussão do tema. Além do mais, poucos trabalhos na literatura são encontrados sobre sua aplicação nos casos de processos profissionais na área odontológica.

O objetivo do estudo é conceituar a teoria da perda de uma chance e permitir que se entenda como ocorre sua aplicação na responsabilidade civil dos profissionais da área de saúde, especificamente na seara médica, para assim relacionar-se com a área odontológica. Para tanto foi realizada investigação bibliográfica narrativa.

## REVISÃO DE LITERATURA

A teoria da perda de uma chance teve origem na década de 60, na doutrina francesa, e é utilizada nos casos em que o ato ilícito tirou da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira, conseguir um emprego melhor, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável etc<sup>1</sup>.

A perda de chance concreta caracteriza um dano reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil. Em especial, a culpa do agente, quando a

hipótese for de responsabilidade subjetiva. Nos casos em que os eventos ocorreriam no futuro, se não fosse o fato ilícito, seria necessário, além da probabilidade de os eventos ocorrerem, também a evidência que é por consequência do fato ilícito, que tenha nexos de causalidade. Portanto, a procedência da ação de reparação é dependente da prova do nexo de causalidade entre o fato ilícito e o suposto dano e da prova do próprio dano<sup>3</sup>.

Se a própria existência da chance envolve elemento aleatório, já que a concretização da chance é incerta, a reparação da oportunidade livra o juiz de resolver a incerteza do fato, tarefa acima da capacidade humana. Trata-se de uma maneira de incorporar a incerteza em sua decisão: o montante do prejuízo corresponderá à chance de obter uma vantagem aleatória desejada, e não a vantagem em si<sup>4</sup>.

Igor de Lucena e Adriano Marteleto argumentam que são necessárias três etapas para fixação da indenização: indicação do dano integral, indicação da chance e aplicação do percentual ao dano total. Devendo ser antecipada a indicação do *quantum* de probabilidade que foi perdido, sendo que sem a previsibilidade da chance, não há por que falar na aplicação da teoria<sup>5</sup>.

Fernando Noronha apresenta modalidades da perda de uma chance. Essa classificação se dá pela distinção de danos presentes e futuros, a responsabilidade pela perda de uma chance vai se manifestar em danos relativos a eventos que não aconteceram e que só poderiam vir a verificar-se no futuro,

ou em danos que já aconteceram, mas poderiam ter sido evitados, os danos presentes<sup>9</sup>.

**A) Perda da chance de obter uma vantagem futura (perda de chance clássica)**

Nessa modalidade houve interrupção de um processo, devido a um ato ilícito, que poderia conduzir a um resultado favorável, tanto de realizar um benefício, quanto de evitar um prejuízo futuro. Não sendo possível afirmar se o resultado esperado seria realmente almejado no futuro, caso não houvesse o ato no presente.

Para comprovar a existência de nexo de causalidade é preciso demonstrar que o ato ilícito interrompeu o processo em curso e que este poderia encaminhar ao benefício esperado, desde que não seja atribuível a causas extraordinárias. Agora será preciso comprovar a existência do próprio dano e qual o seu montante, podendo consistir apenas na perda da chance, prejuízo distinto do resultado que era esperado.

**B) Perda da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido**

A diferença desta para a perda da chance clássica é que, enquanto a segunda o ato ilícito interrompeu um processo vantajoso e o possível dano é resultado dessa interrupção, na perda de chance de evitar um prejuízo o dano surge justamente porque o processo danoso em curso não foi interrompido, quando poderia ter sido. Nesses casos, é indispensável que já estivesse em curso o processo que levou

ao dano e que este pudesse ser interrompido por determinada atuação, que fosse exigido do responsável, mesmo que não haja garantia que com esta atuação o dano teria sido evitado, haveria a possibilidade de o dano não acontecer. Sabe-se que o dano é decorrente do processo em curso, o que se interessa saber é se o dano poderia ter sido evitado caso tivessem sido adotadas certas medidas para interromper o processo.

**C) Perda da chance por falta de informação**

De maneira similar a anterior, foi perdida a chance de evitar um dano que efetivamente ocorreu. A diferença entre a *perda de uma chance pela quebra do dever de informar* e a *perda da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido* está no fato de a chance, na primeira, estar relacionada a um fato do próprio lesado, a realização do dano depende da atitude da vítima, enquanto na segunda está além dele.

Quando alguém sofre determinado dano por não ter tomado a melhor decisão devido à falta de informação que o responsável pela mesma deixou de prestar, ou seja, de cumprir seu dever de informar ou aconselhar, é aplicada a perda de uma chance pela falta de informação. Quando uma escolha mais esclarecida poderia eliminar o risco do dano ou reduzi-la.

Já nos casos em que o risco de dano tivesse sido eliminado, caso a informação fosse devidamente esclarecida, a obrigação seria total; todos os danos sofridos pelo lesado deverão ser

reparados, não se poderá falar em responsabilidade pela perda de uma chance. Por outro lado, caso o dano fosse de qualquer forma, inevitável, independente da prestação de informações, não pode haver responsabilidade. Só se fala sobre perda de chance nos casos em que o risco de dano poderia ter sido diminuído, mas não evitado.

### **A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA ÁREA MÉDICA**

Ficou conhecida como *teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência* quando o que determina a indenização é a perda da chance de resultado favorável no tratamento médico. Sendo o fato indenizável a perda da chance de cura e não a continuidade da vida, errou-se ao não dar ao paciente todas as chances de cura ou sobrevivência<sup>1</sup>.

Se, pelo ato profissional equivocado, o paciente perde a possibilidade de se ver livre de determinada doença, o médico deve ser responsabilizado. Como exemplo, um paciente portador de câncer deixa de ser diagnosticado por determinado médico, que vem a ser descoberto por outro profissional mais tarde. Tendo em vista que as chances de cura são muito maiores quando descoberta inicialmente, a imperícia do profissional resultou na perda de oportunidade de tratamento precoce<sup>6</sup>. A certeza sobre a existência de uma probabilidade de cura ou sobrevivência deve ser adquirida com apoio da ciência médica, através da perícia, e outras evidências, como testemunhas e documentos<sup>7</sup>.

Carlos Sardinero-García e seus colaboradores avaliaram a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance na medicina pública da Espanha por mais de doze anos e observou aumento de mais de 100% nos últimos anos<sup>8</sup>. A teoria tem sido amplamente aplicada em casos relacionados a diagnósticos incorretos; a ausência de exames pré-operatórios; a falta do dever de informar e aceitação do tratamento indicado; em geral, tudo que pode comprometer o sucesso do tratamento<sup>7</sup>. A recusa ou atraso em recomendar a consulta a um especialista, o atraso de diagnóstico por negligência em se informar dos resultados de exames, o recurso a métodos de diagnóstico abandonados pelo especialista competente, a omissão de solicitar exames aprofundados que vem a provocar um erro ou atraso no diagnóstico, são igualmente falhos<sup>6</sup>.

Importante ressaltar que não é passível responsabilizar o médico pelas escolhas que ele, inevitavelmente, terá que fazer ao longo da sua atividade laboral, mas pelas escolhas que ele faz, quando forem diferentes da conduta defendida pela ciência<sup>9</sup>. O que se indeniza não é o dano propriamente dito, mas sim a expectativa de que o dano não teria ocorrido se o profissional tivesse observado as diretrizes profissionais<sup>5</sup>. A omissão também adquire relevância jurídica quando o agente tem o dever de praticar um ato para impedir um resultado, dever esse que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de conduta anterior do próprio agente, criando o risco da ocorrência do resultado<sup>1</sup>.

***Aceitabilidade da teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência***

A aceitabilidade da Teoria da Perda de uma Chance na área médica é controversa, alguns juristas franceses entendem que é necessário determinar se a falta médica foi a causa ou uma das causas do dano, e se foi, o responsável deve reparação por todo o dano; se não foi, não houve nexo de causalidade e a responsabilidade não deveria ser admitida<sup>3</sup>.

A doutrina mais tradicional afirma não haver possibilidade de determinar qual seria o resultado, devido às incertezas em relação à doença e resposta do paciente ao tratamento. Portanto, não acredita que se possa contemplar danos por perda de chance, uma vez que essa seria considerada um dano hipotético. Para quem adota esse pensamento, a compensação deste dano seria um caso de enriquecimento sem causa<sup>7</sup>.

Fernando Noronha entende que, se a causa do agravamento do estado do paciente for conhecida, não haverá problemas, não podendo admitir perda de chance. Nos casos que o agravamento tiver como causa somente a evolução da própria doença, mesmo que haja deficiência no tratamento, não se deve falar em responsabilidade. Quando a causa do agravamento for o próprio tratamento, sem erro médico, não há responsabilidade ao médico, já que responde subjetivamente<sup>3</sup>.

Porém, se o agravamento aconteceu em decorrência de erro médico, o profissional deverá responder, mesmo não tendo responsabilidade total pelo dano sofrido pelo paciente, devendo ser descontada a parcela de dano atribuída à

doença preexistente. O profissional só pode ser responsabilizado pela parcela de dano que é consequência de sua ação, nos casos de impossibilidade de averiguar essa proporcionalidade deve ser presumida igual contribuição do tratamento inadequado e da doença<sup>3</sup>.

Para Eduardo Nunes, quando a contribuição do médico para a ocorrência do dano é entendida como uma questão de causalidade, não há necessidade de recorrer à teoria da perda de uma chance. Recorre-se à ideia de concorrência de causas, que influenciarão na quantificação da reparação, sendo assim o médico não seria responsabilizado pelo dano total<sup>9</sup>.

Rafael Silva defende que não há processo aleatório nos casos médicos, já se sabe com certeza o resultado: a morte ou invalidez do paciente, havendo necessidade apenas de estabelecer relação de causalidade entre a falha do profissional e o dano final<sup>10</sup>.

Para Fernando Noronha somente quando a causa do agravamento do paciente for desconhecida e, além disso, não houver o tratamento adequado, deve se discutir a responsabilidade pela chance perdida. Nesses casos, o agravamento é decorrente do ato terapêutico inadequado, ou da própria evolução da doença, ou ainda, de ambos simultaneamente<sup>3</sup>. Casos em que a conduta do médico, mesmo que negligente, não contribuiu para aumentar o risco de concretização do dano, o médico não pode ser responsabilizado pelo resultado que de fato ocorreu<sup>11</sup>.

Anna de Moraes e Paula Moura defendem que a teoria é aplicável à responsabilidade civil dos médicos dada a

necessidade de garantir ampla proteção à dignidade do paciente. A perda de uma chance não é caracterizada por uma perda futura, mas sim por um dano real, embora muito difícil de ser analisado, uma vez que é impossível trazer a vítima de volta a mesma condição em que se encontrava antes de ocorrer o dano. É certo que há nexos causais entre o dano e o fato que o causou, pois, dado a expectativa que a vítima tinha de ter o benefício ou evitar o dano, uma lesão ocorreu a este. Ademais, complementam que alguns passos devem ser observados para aplicação da teoria na área médica: i) revisão do procedimento médico para análise de possível violação do correto proceder do médico, ii) examinar a conduta do paciente, por exemplo, se seguiu corretamente as instruções e prescrições do médico, iii) averiguar a possibilidade de recuperação ou cura caso tivessem sido adotados outros tratamentos ou evitado certa conduta, iv) conferir o dano sofrido pelo paciente, o que efetivamente o paciente não obteve por causa do procedimento médico, v) determinar o valor da indenização<sup>7</sup>.

#### ***Teoria da perda de uma chance de cura e o erro de diagnóstico***

O erro de diagnóstico foi o que mais se aplicou a teoria da perda de uma chance na saúde pública da Espanha nos últimos anos<sup>8</sup>. Esse equívoco priva o paciente de tratamento e cura para a doença, portanto o médico pode ser responsabilizado pela perda de uma chance. Sendo que o ponto principal é que uma prática médica diferente poderia ter

permitido um tratamento diferente, evitando os danos resultantes<sup>7</sup>.

Porém devem-se diferenciar casos de diagnóstico com altas possibilidades de cura, e, casos em que o atraso no diagnóstico apenas resultou na perda de tempo de sobrevivência em um processo neoplásico incurável de acordo com o estado da ciência em vigor. No primeiro caso, se o médico ou hospital não dispunha de todos os meios necessários para o diagnóstico da doença, deve responder de forma total pelo dano causado. Já no segundo caso, não é de acordo que apenas probabilidade maior ou menor num processo incurável seja passível de responsabilizar totalmente o profissional<sup>12</sup>.

#### **AS RELAÇÕES DE CONSUMO E O DEVER DE INFORMAÇÃO**

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) apresenta regras que possibilitam a proteção do sujeito vulnerável nas relações de consumo, mesmo que não exista uma lei no Brasil que especifique o dever de informação<sup>13</sup>. A obrigação legal de informação no CDC não se limita ao contrato, envolvendo também situações em que o consumidor tenha interesse em adquirir um produto ou contratar um serviço (art. 4º e 6º do CDC). Afinal, a liberdade de escolha do consumidor está sujeita à informação que lhe foi transmitida<sup>13</sup>.

Conforme destacou o Ministro: "Se a informação é adequada, o consumidor age com mais consciência; se a informação é falsa, inexistente, incompleta ou omissa, retira-se-lhe a liberdade de escolha consciente"<sup>13</sup>.

Explicou Humberto Martins no julgamento do REsp 1.364.915:

*"Mais do que obrigação decorrente de lei, o dever de informar é uma forma de cooperação, uma necessidade social. Na atividade de fomento ao consumo e na cadeia fornecedora, o dever de informar tornou-se autêntico ônus proativo incumbido aos fornecedores (parceiros comerciais, ou não, do consumidor), pondo fim à antiga e injusta obrigação que o consumidor tinha de se acautelar (caveat emptor). A falta de informação adequada sobre risco cirúrgico justifica indenização por danos morais. Com base nesse entendimento, a Quarta Turma do STJ decidiu (REsp 1.540.580) que, na relação médico-paciente, a prestação de informações corretas e suficientes sobre o diagnóstico, a proposta de tratamento e os riscos existentes em eventuais procedimentos cirúrgicos constitui direito do paciente e de seus representantes legais."*<sup>13</sup>.

A falta dessas informações representa falha na prestação do serviço e, somada a elementos como o dano e o nexo causal, geram o dever de indenizar por danos morais – explicou o ministro Luis Felipe Salomão no voto que prevaleceu por maioria no colegiado<sup>13</sup>.

Além disso, afirmou o Ministro que:

*"Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (blanket consent), necessitando ser claramente individualizado"*.<sup>13</sup>.

A atividade médica é, em essência, perigosa, o risco é inerente, caminhando ao

lado da própria natureza do serviço e ao seu modo de prestação. É impossível a realização de certos tratamentos sem alguns riscos, ou possíveis efeitos colaterais, ainda que o serviço seja realizado com toda a técnica e segurança preconizada. À princípio, o médico e o hospital não respondem por esses riscos inerentes, já que dessa forma o ônus se tornaria insuportável e inviabilizaria a própria atividade<sup>1</sup>.

Encontra-se então, a importância do dever de informar. Na ausência da informação devida, é possível que o médico, ou hospital, seja responsabilizado pelo risco inerente, não por erro técnico, mas pela omissão dos riscos reais do tratamento. Informação essa que permite ao paciente conhecimento para dar, ou não, o consentimento<sup>1</sup>. Não podendo o profissional omitir informação ao paciente quando puder acarretar consequências sobre a saúde, ou a sua abstenção privar o paciente de escolha sobre o tratamento ou operação<sup>3</sup>.

### ***Teoria da perda de uma chance de cura por violação do Dever de Informar***

Nos casos de responsabilidade por perda de uma chance resultante da quebra do dever de informar, o paciente fica impedido de optar por outro procedimento, que também era possível, mas que ele desconhecia. São situações em que sua decisão mais esclarecida poderia ter eliminado ou reduzido o risco de sofrer danos. Por exemplo, casos de possíveis complicações pós-operatórias que o paciente deveria ter sido informado previamente para, assim, fazer escolha de

realizar ou não determinado procedimento<sup>3</sup>. Não sendo aceito na teoria casos em que, se a informação tivesse sido devidamente prestada, o risco de dano houvesse sido totalmente eliminado. Porque nesses casos não haveria chance frustrada, e sim, violação do dever de agir de boa-fé típico, fundada na negligência de quem tinha o dever de informar<sup>3</sup>.

### **QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO**

A fim de reparação, são feitas projeções sobre o que viria a acontecer, se não fosse o ato ilícito verificado. A avaliação do valor do dano depende desses elementos que se projetam no futuro, o grau de probabilidade de obter o resultado almejado e, inversamente, o grau de probabilidade que havia de se evitar o dano. Nos casos em que esse grau de probabilidade puder ser calculado, é ele que determinará o valor da reparação. Essa probabilidade deve ser traduzida numa percentagem sobre o valor do dano total que o lesado teria, se a vantagem tivesse sido concretizada. Importante ressaltar que mesmo que a reparação seja concedida por percentagem, não é uma indenização parcial que está sendo concedida, mas a chance perdida tem um valor menor do que o benefício final teria<sup>3</sup>.

Muito se discute o valor do quantum indenizatório a ser fixado, principalmente na seara médica, uma vez que não existem critérios fixados em lei. É imprescindível a existência destes para oferecer ao Magistrado tranquilidade ao fixar o valor indenizatório quando estabelecida a perda de chance de cura ou sobrevivência, através do uso da equidade,

proporcionalidade e razoabilidade, de acordo com o grau de culpa e extensão do dano<sup>7</sup>.

A jurisprudência italiana trata da quantificação da indenização da perda de uma chance repartindo o valor do resultado esperado e, sobre este, faz recair o percentual de chance que o lesado possuía antes do ilícito ocorrido. Devendo ser realizado um balanço das perspectivas a favor e contra e desse saldo resultante é obtida a proporção do ressarcimento<sup>6</sup>.

Atualmente na Espanha, casos em que apenas o dever de informar não foi respeitado, tem sido utilizada a escala de acidentes de trânsito por analogia e aplicado um fator de correção de 50% ao montante, reduzindo pela metade a compensação resultante do dano total avaliado. Para isso, é de extrema importância a presença de um perito especialista que explica a maior porcentagem de probabilidade de sobreviver se o diagnóstico tivesse sido dado em momento oportuno<sup>12</sup>.

Em 80,5% dos casos avaliados na Espanha, o valor foi igual ou menor a 100.000 euros, sendo que em apenas 17,3% dos casos esse foi o valor reclamado. Isso ocorre porque quando o médico deixa de oferecer ao paciente determinado tratamento e ele vem a óbito ou sofre sequelas limitantes, não há como saber se o dano teria efetivamente ocorrido caso fosse aplicado outro tratamento ou técnica. Então o juiz diminui o valor indenizatório para não responsabilizar o médico por todos os danos<sup>8</sup>.

Em 82,1% dos casos a indenização devida foi uma parcela única para cobrir os

danos morais, com redução do valor reclamado. Em 9,4%, o dano foi indenizado integralmente por meio da aplicação da escala estabelecida para avaliação de lesões corporais em acidente de trânsito, devido à falta de tabela para lesões de saúde. Em 8,5% dos casos a indenização foi reduzida levando-se em conta a porcentagem da possibilidade de que o dano não teria ocorrido se a devida diligência fosse aplicada<sup>8</sup>.

Na opinião de Carlos Sardinero-García o fato de existirem diferentes critérios indenizatórios, tabelas, porcentagem ou valor fixo, e que, aquele que é mais comumente aplicado não necessitar de um raciocínio claro e preciso, é uma das principais razões para o crescimento da Teoria da Perda de uma Chance, que vem sendo cada vez mais usada para alcançar uma redução do valor da indenização<sup>14</sup>.

#### **A PERDA DE UMA CHANCE NA ODONTOLOGIA**

A doutrina entende que, em linhas gerais, os princípios da responsabilidade médica são aplicáveis à responsabilidade do cirurgião-dentista. Abrindo discussão apenas sobre a obrigação do profissional ser de meio ou de resultado<sup>1</sup>. Porém, apesar dos avanços científicos, nem sempre o cirurgião-dentista tem condições de afirmar, com certeza, que irá alcançar o resultado pretendido. Afinal, estão lidando com organismos diferentes que respondem de maneira distinta de acordo com as condições do próprio organismo. Sendo o mais adequado a análise individual do caso concreto<sup>15</sup>.

Wander Pereira analisou as ações judiciais contra dentistas e observou que a maioria dos processos teve origem em diagnóstico falho, demonstrando como os profissionais têm negligenciado essa etapa crucial do tratamento. Portanto, da mesma forma que a teoria da perda de uma chance tem ganhado espaço nos processos médicos, a tendência é que seja utilizada também para a área odontológica. Podendo ser configurada pelo erro de diagnóstico, tratamento inadequado ou falha no dever de informar<sup>15</sup>.

O cirurgião-dentista que deixa de diagnosticar uma lesão maligna, por exemplo, durante o exame clínico ou radiográfico, pode ser responsabilizado quando, em um segundo momento, o paciente receber esse diagnóstico por outro profissional. Ao atrasar o diagnóstico, foi frustrada a chance de tratamento precoce, possivelmente mais efetivo e com menor morbidade associada. Diante de alterações da normalidade, é obrigação do profissional esgotar-se de todos os meios necessários para fins diagnósticos, por exemplo, exames radiográficos variados, tomografia computadorizada, cirurgia de biópsia etc. Bem como interpretar seus resultados e tomar decisões de tratamento.

Da mesma forma, se o cirurgião-dentista faz o correto diagnóstico do paciente, porém opta por um tratamento que não foi eficaz, a perda da oportunidade de um tratamento adequado aconteceu desde que esse tratamento recomendado vá contra as diretrizes profissionais recomendadas. Incluindo nessa perda as despesas do tratamento inadequado, como também, do sofrimento e angústia sofridos

pelo paciente. Foi comprometido, além da chance de cura, o restabelecimento mais célere e menos sofrido do paciente, a perda de chance de melhora do seu quadro clínico.

Caso não tenha conhecimento técnico-científico para estabelecer o diagnóstico ou realizar o tratamento adequado, o cirurgião-dentista deve informar ao paciente do quadro atual e da importância de sua resolução, bem como do prognóstico e riscos de não dar sequência à investigação para fins de diagnóstico e tratamento.

Sendo também de extrema importância o dever de informar do profissional, sobre opções de tratamento, prós e contras de determinado procedimento e suas possíveis complicações, orientações pós-operatórias, etc. Na falha desse dever de informar é retirada do paciente a chance de uma escolha mais esclarecida que poderia eliminar o risco de dano ou reduzi-lo.

A teoria da perda de uma chance de cura chega à jurisprudência como alternativa para casos de negligência, com resolução mais justa possível para ambas as partes, tanto do profissional quanto o paciente. Não seria justo o paciente ser impedido de receber indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais que foram decorrentes do atraso do diagnóstico de determinada enfermidade. Da mesma forma, o profissional não deve arcar com os danos decorrentes do adoecimento do paciente, o mesmo deve ser responsabilizado pelo dano causado e nada mais do que isto.

Vale ressaltar que não é o diagnóstico delicado e difícil, ou a escolha entre dois procedimentos com técnicas distintas e resultados semelhantes, que são aplicáveis à teoria da perda de uma chance de cura. Mas casos de diagnóstico evidente, procedimentos de menor complexidade, que qualquer cirurgião-dentista competente e com boa técnica, segundo curso regular de graduação em odontologia, teria possibilidade de prestar atendimento adequado ao paciente.

Por fim, não se pode esquecer dos artigos 6º; 7º; 26; 27 e 357, § 3º do CPC, no qual os sujeitos do processo devem praticar os atos processuais em regime de cooperação e em conformidade com o devido processo constitucional. Levando-se em conta a dinâmica do procedimento – informação, reação, diálogo, influência – percebe-se que o juiz não poderá proferir a decisão de saneamento e de organização do processo baseando-se em suas próprias experiências.

Sendo assim, é imprescindível a avaliação técnica do perito odontologista para averiguar através de probabilidade a real chance que o paciente teria se houvesse interrompido a concatenação natural da enfermidade ou de ter obtido resultado mais satisfatório em determinado tratamento mais efetivo, para assim verificar a parcela de responsabilidade do cirurgião-dentista e fornecer ao magistrado elementos para estabelecer o *quantum* indenizatório.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria da perda de uma chance tem sido utilizada nos casos em que a ato

ilícito tirou da vítima a oportunidade de ter uma situação futura melhor, desde que a chance seja concreta e real, não podendo ser responsabilizados casos de mera hipótese. A quantificação do dano é motivo de ampla discussão, visto que não há critérios estabelecidos. Observou-se que os parâmetros são variáveis a depender da jurisprudência local, não podendo exceder o valor total do dano, já que a reparação é apenas da chance perdida.

Com a condição de que, seja comprovada através de avaliação de perícia técnica, que o profissional não utilizou de todos os meios possíveis para um resultado favorável, e de que, realmente existia a possibilidade de cura, sendo esta séria e real, tendo relação causal entre o dano e a ação do profissional, há de se reconhecer a aplicação autônoma da teoria da perda de uma chance de cura na responsabilidade profissional odontológica.

## ABSTRACT

The loss-of-a-chance theory has been increasingly used in Brazilian jurisprudence. The aim of the present study is to conceptualize the theory of the loss of a chance, specifically in the medical field, in order to relate it to the professional responsibility of the dentist. For that, narrative bibliographic research was carried out on the subject in question, on which topics were approached: study of the theory of the loss of a chance; medical professional responsibility; and, the dentist's responsibility, analyzing the theme of the application of the loss of a chance in their work routine. Concluding that the theory becomes a possibility of civil repair in cases of professional dental liability, provided that the necessary criteria are observed through technical analysis of a trained professional.

## KEYWORDS

Forensic dentistry; Loss of a chance theory; Dental professional responsibility.

## REFERÊNCIAS

1. Cavalieri Filho S. Programa de responsabilidade civil. 7. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2007.
2. Bouchardet FCH, Pérez BP. Sistema de valoración de daños y prejuicios causados em El ejercicio profesional de la odontoestomatología, derivados de la responsabilidad profesional. Revista Amagis Jurídica 1.14 (2016): 103-117. Disponível em: <https://revista.amagis.com.br/index.php/amagis-juridica/article/view/68>.
3. Noronha F. Direito das obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
4. Ehrardt Júnior M, Porto UCR. A reparação das chances perdidas e seu tratamento no direito brasileiro. Civilistica.com, Rio de Janeiro, a. 5, n.1, 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/233>.
5. Mascarenhas IL, Godinho AM. A utópica aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do direito médico: uma análise da jurisprudência do TJRS, TJPR e TPJE. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 18, n. 3, p. 159-92, set/dez. 2016. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1121-3490-1-pb.pdf>.
6. Rosário GCM. A perda da chance de cura na responsabilidade médica. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p. 167-86, 2008. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista43/Revista43\\_167.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_167.pdf).
7. Beraldo MAS, Pereira PMFL. The theory of loss of chance in medical liability applied with in Brazilian jurisprudence. Medicine and Law, v. 31, n.2, p. 265-281, jun. 2012. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/22900413/>.
8. Sardinero-García C et al. Responsibility for loss of chance in Spanish public health. Revista Española de Medicina Legal, v. 43, n. 1, p. 5-12, fev. 2017b. <https://dx.doi.org/10.1016/j.remle.2016.06.001>.
9. Souza EN. Considerações sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico. Pensar, Fortaleza, v. 20, n.3, p. 767-790, set/dez. 2015. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/4037/pdf>.
10. Silva RP. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo; 2013.
11. Leslie K, Bramley D, Shulman M, Kennedy E. Loss of a chance in medical negligence. Anaesthesia and Intensive Care, Australia, v. 24, n. 3, p. 298-302, mar. 2014. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0310057X1404200304>.
12. Saíge-Ulastre U, Gómez-Durán EL, Arimany-Manso J. Cuantificación de la pérdida de oportunidad em responsabilidad profesional médica. Revista Española de Medicina Legal, Barcelona, v. 34, n. 4, p. 157-161, out. 2013. <https://dx.doi.org/10.1016/j.remle.2013.10.005>.
13. Martins H. As relações de consumo e o dever de informação. 10 de nov. de 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portal/Paginas/Comunicacao/Noticias/As-relacoes-de-consumo-e-o-dever-de-informacao.aspx>.
14. Sardinero-Garcia C, et al. Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial em patologías neurológicas em la medicina pública española. Gaceta Sanitaria, v. 31, n. 1, p. 30-34, jan/fev. 2017a. <https://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2016.08.002>.
15. Pereira W. A responsabilidade civil do cirurgião-dentista. 1. ed. Paco Editorial, 2014.