

Acusações de dano moral a bancos de sangue com base em resultados de exames de material coletado – algumas observações

por Jaques Bushatsky

I

Repetem-se ações judiciais para a discussão de responsabilidade decorrente do exercício de profissão liberal, pertinentes a doações de sangue, em que doadores pretendem-se surpresos, estarrecidos com o que denominam “erro” dos laboratórios, que porventura apresentem um primeiro resultado indicando a possibilidade de contaminação.

Alegam-se aterrorizados (por isso pedem grandes indenizações¹) até que mediante um segundo exame, é o que costumam descrever, “descobrem” não serem portadores de males, nessas peças processuais, sempre descritos como mortíferos e vexatórios.

Tenta-se aqui expor o tema, sob o enfoque de que é absurdo imputar responsabilidade quando não haja culpa e tudo se conduza com regularidade de conduta, configurando-se o cumprimento de dever. Se esta exposição for feliz, a névoa folclórica que anuvia o tema será afastada².

II OS ÔNUS DA PROVA SÃO DO PACIENTE NA VERIFICAÇÃO DE EVENTUAL CULPA MÉDICA.

O “*ato ilícito*” tem como elementos essenciais e imprescindíveis para sua configuração, a presença de: a) fato lesivo, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

Portanto, desde que a obrigação de indenizar é consequência jurídica do ato ilícito, que deverá estar devidamente comprovado e configurado, desde que a culpa profissional deve ser provada de forma incontestável (a culpa médica jamais poderá ser presumida, relembre-se), desde que a comprovação da culpa cabe exclusivamente ao Autor da ação (na exatidão do artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil), há de ser pesquisada a presença desses elementos em cada postulação.

A necessidade da comprovação incontestada da culpa profissional dos médicos é matéria uniforme em nossos Tribunais: “*A responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência, imperícia ou negligência, nem o erro grosseiro, fica afastada a responsabilidade dos doutores em Medicina em virtude, mesmo, da presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido após as provas regulamentares.*”³

Portanto, a responsabilidade civil do prestador de serviços médicos somente decorre da culpa provada. Não se pode pleitear indenização, sob alegação da existência de dano causado por profissional devidamente habilitado, com base em hipóteses ou presunções.

Não se aplica em demandas promovidas por aqueles que buscam indenização diante de médicos, a responsabilidade objetiva do prestador de serviços (§ 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor⁴). É esse o norte, inclusive quanto a hospitais, da jurisprudência.⁵

De fato, o *erro* médico porventura imputado, deve ter sua ocorrência e extensão, provadas por quem acusa, pois o disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, de nenhuma forma afastou-se das normas processuais atinentes ao ônus da prova, remanescendo do Autor o

ônus quanto ao fato constitutivo de seu direito⁶.

Aí, portanto, um primeiro aspecto a ser cuidado nessas ações.

III A OBRIGAÇÃO É DE MEIO E NÃO DE RESULTADO

Sob um segundo prisma, observa-se que a obrigação em tela (coletar material, analisa-lo e processa-lo para futura transfusão é obviamente, ato médico), é entendida como sendo *de meio e não de resultado*. Realmente, já se decidiu que: *A responsabilidade do médico é contratual, mas baseada fundamentalmente na culpa. A obrigação não é de resultado, mas de meios, ou de prudência e diligência*⁷. Ora, o desempenho ora em foco, parece palmar, é atividade sujeita aos percalços – vários até previstos pela ciência – que impedem a promessa de um resultado imune a variações.

Vai dessa premissa, cumprir em cada caso averiguar-se se ocorreu erro de técnica (observada a limitação do Tribunal em aprecia-lo, pois vários procedimentos médicos levantam dúvidas e debates, sendo por vezes impossível ao jurista, avaliar a correção deste ou daquele ato médico). E, se a técnica foi perfeitamente seguida, mesmo se ocorrer alguma falha desculpável, não haverá como imputar dever de indenizar ao banco de sangue.

IV RESULTADO “FALSO POSITIVO” NÃO É ERRO

A terceira observação cinge-se à reiteração de que *“falso positivo”* não é sinônimo de *“erro”* laboratorial e esta evidência já foi exaustivamente analisada pelos nossos Tribunais. Mesmo assim, é a partir de resultados tais (falso-positivos) que se acumulam as ações em indevida perseguição de indenizações estupidas.

Generalizações, elucubrações deduzidas em termos leigos, que poupam ao articulista o trabalho de comprovar seus exercícios de ficção, não impelem à indenização, cumprindo sempre identificá-las e rechaçá-las. Daí a conveniência de serem repetidas algumas certezas.

Em estudo⁸ técnico bastante divulgado, chegou-se à seguinte conclusão: *“A prevalência de RIBA em doadores anti-HCV positivo foi 62% caracterizando alto índice de reações falso-positivas com ELISA nesta população (doadores de sangue)”*. É assertiva auferida cientificamente, que deve presidir a análise das alegações cansativamente lançadas nessa modalidade de demanda judicial: simplesmente, alta proporção de doadores de sangue apresenta resultados positivos, ao menos quando submetidos ao teste caracterizado pela alta (e necessária, para os fins a que é destinado), sensibilidade.

Em rapidíssima lembrança, vale realçar que resultados “falso-positivos” podem ter causas biológicas, tais como semelhanças antigênicas entre microorganismos, doenças auto-imunes, infecções por outros vírus, uso de drogas endovenosas.

E, não é novidade existir a “janela imunológica”, à qual cumpre atentar quando haja resultado “negativo”, pois é possível que corra algum tempo entre a aquisição da infecção e a soroconversão (positivação da sorologia), que no caso no *HIV*, pode levar de seis a doze semanas, diante do atual estado da arte médica.

Evidentemente, um resultado “falso positivo” não é erro, um resultado “negativo” durante a “janela imunológica”, não é erro, sempre admitido neste estudo, que as coletas de sangue e os testes se façam de acordo com as boas técnicas.

É preciso, sempre, recordar um aspecto crucial: quanto mais acurada a análise feita pelo Banco de Sangue (leia-se, quanto mais sensíveis os testes adequadamente realizados), menor será o risco

de transmissão de doenças aos pacientes que receberem o sangue. Vale repisar: é exatamente esta, a razão de ser do banco de sangue.

Talvez melhor que invocar neste momento as explicações dos cientistas médicos, seja mais proveitoso trazer à luz a interpretação já oferecida à matéria pelo Judiciário. Nesse mister, percebe-se que assim julgou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: *“Responsabilidade Civil. Ação Indenizatória. Banco de Sangue. Teste de Triagem. Exame de alta sensibilidade. Os testes realizados com doadores de sangue são de alta sensibilidade e não de alta especificidade, estando, portanto, sujeitos a falso positivo. Inexistência de culpa do Banco de Sangue ao prestar informação de falso positivo. Doadora orientada a realizar novos exames. Inocorrência de Dano Moral”*.⁹

Ou seja, o oferecimento de um resultado *“falso positivo”* contrariado depois (por outro tipo de teste), não configura *“erro”*. Logo, não enseja pleito de indenização. Não é diferente a posição do Tribunal de Justiça de São Paulo^{10 11 12}.

Vale o realce a duas decisões relatadas pelo hoje Ministro CEZAR PELUSO, bem representando a compreensão acurada da questão:

*“Não caracteriza dano moral o conhecimento de resultado falso-positivo de sífilis em exames de alta sensibilidade usados nas coletas de sangue, sobretudo quando o doador tenha sido advertido dessa possibilidade, a que atribuível a fator pessoal de caráter não patológico, não constitui erro”*¹³.

*“Indenização. Indemonstrada a culpa no comportamento o réu. Conduta normal do Laboratório. Imprecisão do resultado do exame ELISA não configura culpa do Réu, que agiu dentro dos limites atuais das técnicas de análises clínicas para a verificação da presença do organismo - Recurso do Autor desprovido”*¹⁴

Perceba-se bem o significado desses julgados: 1) testes de alta sensibilidade podem fornecer resultados falso-positivos; 2) tal não significa erro; 3) não há erro se tudo se faz de acordo com o estado da arte médica; 4) conhecer esse tipo de resultado não gera dano moral.

Conclui-se, portanto, pela inexistência de qualquer culpa do Laboratório que porventura tenha oferecido resultado após o primeiro teste. Não há negligência, imperícia ou omissão de sua parte, mormente naquelas hipóteses em que recomende a execução de testes confirmatórios.

Não há, pois, como considerar exista dano moral quando se tenha conhecimento do resultado de um exame que apenas sinaliza a possibilidade de ter o mal, mas não conclui que o tenha, dada a própria natureza e ante o objetivo desse tipo de exame.

E a certeza ganha acréscimo, quando se verifica tenha o Laboratório respeitado os padrões técnicos e informativos, sempre lembrado que a Medicina não é uma ciência exata e o exame laboratorial, é um meio de pesquisa que convive com gradações.

V BANCOS DE SANGUE NÃO DIAGNOSTICAM DOENÇAS.

Muitos pleitos surgem do enganado entendimento de que os Bancos de sangue ofereceriam diagnósticos. Não, não é essa a finalidade dessas entidades. Elas servem à coleta de sangue, à análise respectiva (com o máximo da segurança admitida pelo estado da arte) e ao fornecimento do material para transfusões.

Bem por isso, em apertado resumo, a Portaria 1376/93 do Ministério da Saúde dispôs que os bancos de sangue não realizam diagnósticos, e sim exames para garantir a qualidade do sangue

doado. Nesse sentido já julgou o Tribunal de Justiça do Paraná¹⁶ :

“ Ocorre que aquele exame foi efetuado pelo método ELISA, nos moldes do que determina o disposto na legislação regulamentadora desse tipo de atividade, ou seja, o Decreto no. 95.721/88, o qual diz que os exames realizados no doador têm apenas a função de prevenir a propagação de doenças transmissíveis através do sangue, eliminando qualquer risco para o receptor do sangue, paciente a custeador dos exames. Não possuem a finalidade de diagnosticar doenças.”

Por conseguinte, é afastada a possibilidade de pretender-se do Banco de Sangue, um diagnóstico (com implicações outras, observe-se), pretensão que costumeiramente é manifestada pelos Autores de ações judiciais do naipe da que se cuida. Diagnóstico, quem o faz, é o médico; exames para subsídio desses diagnósticos os fazem os laboratórios de análises clínicas.

Os Bancos de Sangue, somente analisam o material doado, com o fito único de o proverem aos necessitados, com um mínimo de risco. Caso, na análise, se defrontem com a rejeição do sangue, devem notificar o candidato à doação, para que este consulte um médico.

VI É CONHECIDA A POSSIBILIDADE DE RESULTADOS FALSO-POSITIVOS. A PORTARIA 488 DE 17/06/1998 – ANVISA

Os órgãos de controle não descuraram da rotina de coleta e de análise de sangue para fins transfusionais. A Portaria nº 488, de 17 de junho de 1998, da Secretária de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, editada considerando “a possibilidade da ocorrência de resultados falso-positivos ou falso-negativos nos testes utilizados para a detecção de anticorpos anti-HIV, em indivíduos com idade acima de 2 anos” (SIC), dispôs com clareza acerca dos procedimentos técnicos a serem cumpridos¹⁷ .

No primeiro anexo à Portaria, se preveniu que: *“É obrigatória a coleta de uma segunda amostra e a repetição da etapa I, acima, para confirmação da positividade da primeira amostra. Caso os resultados da testagem dessa segunda amostra sejam não reagentes ou indeterminados, deverão ser cumpridas todas as etapas dos procedimentos seqüenciados.”*

Importante asseverar o reconhecimento oficial da precariedade, ainda (se considerada a meta de 100% de segurança dos resultados), dos exames e a necessidade de novos exames, quando apontados resultados positivos.

VII TODA TRANSFUÇÃO É ARRISCADA - A RESOLUÇÃO RDC Nº 153, DE 14 DE JUNHO DE 2004.

Essa resolução dispõe sobre o “Regulamento Técnico para os procedimentos hemoterápicos, incluindo a coleta, o processamento, a testagem, o armazenamento, o transporte, o controle de qualidade e o uso humano de sangue, e seus componentes, obtidos do sangue venoso, do cordão umbilical, da placenta e da medula óssea” (SIC). Ela foi publicada no Diário Oficial da União (Poder Executivo, de 24 de junho de 2004) pela ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária¹⁸

Vale de proêmio, observar que a própria resolução alinhou em seu início, que “a.1 - Toda transfusão de sangue traz em si um risco, seja imediato ou tardio, devendo, portanto, ser criteriosamente indicada.”. Asseverou em seu texto, adiante, que “A.9 -- A transfusão de sangue e componentes deve ser utilizada criteriosamente, tendo em conta que é um procedimento que não está isento de riscos. Sua indicação poderá ser objeto de análise pelo serviço de hemoterapia.”

Ao cuidar da doação de sangue , dispôs:

B.1 - A doação de sangue deve ser voluntária, anônima, altruísta e não remunerada, direta ou

indiretamente. Por anonimato da doação entende-se a garantia de que nem os receptores saibam de qual doador veio o sangue que ele recebeu e nem os doadores saibam o nome do paciente que foi transfundido com componentes obtidos a partir da sua doação, exceto em situações tecnicamente justificadas.

B.2 - O sigilo das informações prestadas pelo doador antes, durante e depois do processo de doação de sangue deve ser absolutamente preservado.

São aspectos que asseguram o sigilo emprestado à doação de sangue e os testes consequentes, vale gizar.

Ao tratar da informação dos resultados ao doador, esclareceu a Resolução que:

“Na triagem clínica, no caso de rejeição do candidato, o motivo da rejeição deve ser informado a ele, devendo, também, ficar registrado na ficha de triagem.

Na triagem laboratorial, o responsável técnico pelo serviço deve dispor de um sistema de comunicação ao doador, das anormalidades observadas nos exames realizados quando da doação.

Esta comunicação é obrigatória e tem como objetivo o esclarecimento e a repetição dos exames, nos casos previstos na legislação.

No caso do doador apresentar exame(s) reagente(s) para doença(s) identificada(s) na triagem laboratorial o serviço de hemoterapia:

a) Pode realizar os exames confirmatórios.

b) No caso de não realizar os exames confirmatórios, deve encaminhar a amostra do sangue do doador para um serviço de referência para a realização desses exames.

c) No caso desses exames confirmarem o diagnóstico, o doador deve ser chamado pelo serviço de hemoterapia que realizou a coleta do seu sangue, orientado e encaminhado para um serviço de saúde para acompanhamento.”

Mais: é obrigatório,

d) Convocar e orientar o doador com resultados de exames reagentes, encaminhando-o a serviços assistenciais para confirmação do diagnóstico ou, no caso dos exames confirmatórios terem sido realizados, encaminhá-lo para acompanhamento e tratamento;

E.2.8 - Os resultados dos exames de triagem dos doadores são absolutamente sigilosos. Quando os exames forem feitos em instituição diferente daquela em que ocorreu a doação, o envio dos resultados deve ser feito de modo a assegurar a não identificação do doador, sendo vedada a transmissão verbal ou por via telefônica dos resultados. O envio por fax ou por e-mail é permitido, sem a identificação do nome por extenso do doador.

E.2.9 - Não é obrigatório que o serviço de hemoterapia firme o diagnóstico da doença.

Dessa rápida leitura, decorrem forçosas as conclusões: 1) o aviso ao Doador, a realização de novos testes, a rejeição do material, são legalmente obrigatórios, a par de configurarem perfeita atenção ao estado da arte médica; 2) não cumpre ao Serviço, firmar qualquer diagnóstico.

VIII SE NÃO OCORREU DIVULGAÇÃO DO RESULTADO, NÃO EXISTE DANO MORAL.

Autores dessa sorte de demanda buscam indenização por danos morais, merecendo acrescentar-se mais um óbice a desideratos do gênero: o resultado inconclusivo que é recebido, permanece entre o doador e o médico preposto do Banco de Sangue, sendo obrigatório que este, comunique o resultado àquele.

Não vai a público, de onde não ocorrer “alterabilidade” a ser examinada na questão, a que a doutrina faz menção, para pesquisar a ocorrência de danos morais. A personalidade do doador, bem como sua imagem, não são atingidas, essa a real rotina.

Lê-se a este propósito, no corpo de parecer do eminente Prof. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS¹⁹ :

“Sendo o direito instrumento de convivência social, que não nasce sem a existência de “outro”- Robinson Crusóe não precisava de Direito repercussão enquanto estava sozinho em sua ilha - à evidência , o dano moral é , essencialmente , um dano à personalidade atingida numa relação com “alguém “ , ou seja com o mundo , pois a desfiguração da imagem , da honra , e da personalidade dá-se nos limites do ambiente em que tais valores deveriam ser preservados.

Por esta razão, a doutrina sobre danos morais situa-se, fundamentalmente, na configuração de uma relação - e não de uma situação - em que a ofensa atinge a pessoa , em função do respeito e da dignidade a que faz jus perante terceiros” .

Não bastasse, o TJDF²⁰ já rechaçou pleito de indenização ante a divulgação aos parentes:

“Além de constar tal advertência no próprio resultado, o qual ficou na posse da autora, atualmente têm sido noticiados na imprensa falada e escrita, vários casos de resultados de HIV incorretos, razão por que a autora deveria Ter refeito os exames.

Com efeito, a autora refez os exames e obteve resultado negativo, o que foi confirmado por outros exames. Entretanto, só veio a fazê-lo, dias depois.

Por outro lado, percebo que os danos morais alegados pela autora referem-se a constrangimentos diante de pessoas conhecidas e parentes, bem como a preconceito e comentários maliciosos a sua imagem e reputação.

Acusações de dano moral a bancos de sangue com base em resultados de exames de material coletado – algumas observações

por Jaques Bushatsky

Neste sentido, deve ser frisado o fato de que o resultado falso positivo, por si só, não envolveria a autora em tal situação embaraçosa, mormente se o exame tivesse sido refeito, pois logo ficaria esclarecida tal situação”.

Aí está mais um óbice às pretensões indenizatórias: o sigilo reforça a inexistência de dano moral.

Vale insistir, à luz dos diplomas específicos já ventilados: é obrigatória a informação, pelo Serviço de Triagem, ao candidato à doação de sangue (logo, não há de se pensar em punir o Serviço que cumpre a lei, avisando o candidato!)

IX A EXACERBADA PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL ENCONTRA RESISTÊNCIA DOUTRINÁRIA

Na verdade, essas ações buscam o enriquecimento de seus autores, jamais sua indenização. E, a esse propósito, a resistência à exacerbada reparabilidade do dano moral funda-se em um grande número de razões apontadas pelos doutrinadores, uns e outros mais apegados a este ou àquele fundamento, embora sempre concordes em linhas gerais.

PIRES DE LIMA²¹, em arrojado trabalho apontou algumas das principais objeções à indenização por danos morais: 1) Falta de um efeito penoso durável; 2) A incerteza, nessa espécie de danos, de um verdadeiro direito violado; 3) A dificuldade de descobrir-se a existência do dano; 4) A indeterminação do número das pessoas lesadas.

ALFREDO COLMO²² acrescenta outra objeção *“ao lembrar o enriquecimento sem causa, eis que o pretendido credor teria, com a reparação, um aumento em seu patrimônio econômico, sem que, antes, tivesse tido nenhum desembolso”*.

De qualquer forma, sem a clara demonstração dos danos morais e sua valoração, não é possível a reparação. Não se dá ao juiz o poder de exercício, no caso concreto, de sua jurisdição.

Por essa razão, a despeito da Constituição Federal acolher a indenização do dano moral, este deve vir fundado em elementos essenciais para justificá-lo. Neste sentido, a jurisprudência e a doutrina não discrepam. Lê-se no corpo do V. acórdão relatado pelo Desembargador OLAVO SILVEIRA²³: *“É imperioso lembrar que o dano moral só se justifica quando o ilícito resulte de ato doloso, em que a carga de repercussão ou perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentidos e nos afetos de uma pessoa, se reflita como decorrência de repulsa ao ato intencional do autor do crime. Tal carga, à evidência, não pode ser encontrada num delito culposos, especialmente como no caso, sem demonstração de culpa, em qualquer de suas modalidades e ressalte-se, duvidosa até a prova da ocorrência do apontado erro médico.”* (SIC)

Aí mais um empecilho às pretensões ora discutidas. De resto, em cada caso, é necessário indagar: 1) qual o fato concreto? 2) Qual o nexos causal? 3) Que cálculo se fez para lançar o valor pleiteado?

X CONSEQÜÊNCIAS DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA AO AUTOR

Essa é outra questão terrível, porém para os Réus de demandas tais: a outorga dos benefícios da Justiça Gratuita. Independentemente da manutenção do benefício, questão estudada pelo Juiz, merece ser ponderado que o Autor deve suportar os ônus da sucumbência vindo a ação a ser julgada improcedente. Este entendimento é pacífico e vem sendo reiteradamente confirmado pela jurisprudência. Confira-se: *“O artigo 11 da Lei de Assistência Judiciária diz respeito apenas às ações em que o beneficiário da assistência judiciária sai vencedor da causa, o que não é o caso dos autos, pois saiu vencido. O parágrafo segundo do referido dispositivo legal, somente tinha sentido antes da Lei nº 4.632/65, que instituiu o princípio da sucumbência para todas as causas cíveis. Assim no caso em que o beneficiário saiu vencido só tem direito de isenção das taxas judiciárias e das despesas com publicações em órgãos oficiais, bem como dos honorários de seu próprio advogado”*²⁴ (SIC).

Ou seja, a gratuidade outorgada não exime o Autor de ação judicial, do suporte da condenação, quando decretada a extinção ou improcedência da ação.

XI O VALOR DA CAUSA NÃO PODE SER EXAGERADO

Saliente-se que a questão da gratuidade, há de ser sopesada com o valor (costumeiramente absurdo) que o autor atribui à causa: livre de suportar as custas, ele imagina-se à vontade para

brandir qualquer número.

Contudo, é de se ver que a manutenção desses valores altos impede ao Réu, o acesso à Justiça. De fato, eventual recurso ofertado pelo Réu dependerá do recolhimento de preparo calculado sobre algum importe absurdo, inviabilizando o manejo recursal. Imagine-se, admitida a atual tabela de custas paulista, um recurso em causa com o valor de R\$ 500.000,00, implicaria no recolhimento de R\$ 5.000,00, os quais jamais seriam reembolsados, mesmo se provido o recurso, essa é a prática.

Concluiu por unanimidade a 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP²⁵ que: *“O valor da causa, nas circunstâncias, deve ser fixado tendo em conta o critério da razoabilidade e o elevado valor pode dificultar a defesa da parte contrária. O Poder Judiciário, no caso, não deve olvidar as tentativas que se repetem com inusitada frequência de procurar inviabilizar a defesa e igualmente eventual via recursal diante da obrigatoriedade do recolhimento de custas, por meio de atribuição de valores exagerados à pretensão inicial.”*²⁶

É quanto leva a mais esta anotação: não há de se admitir o processamento de causas tais, mormente se beneficiadas pela Justiça Gratuita, com valores exacerbados.

E, o valor adequado pode ser singelamente extraído dos valores que findam decretados pelos Tribunais, quando efetivamente ocorra algum dano moral em situações da estirpe ora comentada.

XII

Ações judiciais que aleguem erros não existentes, apontadas contra Serviços de Hemoterapia, trazem a estes institutos, sérios desconfortos, graves prejuízos, abalos. Colocam em dúvida a seriedade dessas entidades, injustamente. Podem destruí-las, pois cada uma delas sobrevive graças à sua idoneidade.

Podem, tais demandas, gerar, aí sim, pleitos de indenização, porém em favor dos Serviços acusados. Se não vemos ações judiciais nesses moldes, não é porque não tenha havido dano, mas, certamente, porque as condições concretas, materiais, dos acusadores, no mais das vezes sugerem venha a ser infrutífera a busca de indenização ante eles.

Mas, exatamente esta circunstância, pode estear, do Judiciário, decisões que rapidamente espanquem as ações indenizatórias mencionadas neste pequeno estudo, desde que verificada a presença de qualquer das situações antes descritas, providência que ao menos, minorará o dano à entidade injustamente acionada e sinalizará à sociedade a impossibilidade de pleitos descabidos.

NOTAS DE RODAPÉ CONVERTIDAS

1. Nas palavras de FRANCISCO BALESTRIN (*A importância do gerenciamento do risco legal em saúde, em Consultor Jurídico, 01/03/2004*), *“... os brasileiros estão mais atentos à defesa de seus direitos, tendo aprendido que a Justiça é o leito para o qual devem encaminhar suas queixas. De outro, mostra que a prática também pode estar se vulgarizando, criando-se o hábito da reclamação pela reclamação ou da reclamação em busca de indenizações milionárias e descabidas ou, pior ainda, a indústria das indenizações”*

2. Impossível deslembrar neste passo, a candente lição do Juiz MAURY ÂNGELO BOTTESINI, em memorável palestra promovida em S. Paulo pelo Instituto de Estudo e Pesquisa do Sangue na Associação Paulista de Medicina (25/06/2004): *Disto se conclui que deve ser uma das preocupações permanentes das instituições ligadas à Hemociência, a divulgação entre os integrantes do Poder Judiciário, das atividades da hemoterapia e da hematologia, bem como das vicissitudes a que elas se submetem. Só assim os julgamentos em todas as Instâncias terão qualidade e adequação aos casos concretos, e aplicarão a legislação específica, que em alguns*

casos se mostra contraditória com as regras gerais do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Há casos de dúvidas, também, a respeito de qual norma é adequada, se as regras especiais da hemoterapia ou a legislação ordinária, como a Lei dos Planos e Seguros de Saúde.

3. TJRJ - 2ª C. - Ap. - Rel. FELISBERTO RIBEIRO - j. 20.08.81 - RT 558/178.

4. - Lei nº 8.078 de 1990. O parágrafo 4º dispõe: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”

5. “INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Hospital - Ajuizamento com base no Código de Defesa do Consumidor - Responsabilização objetiva - Inadmissibilidade - Hipótese de exercício de profissão liberal, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico - Necessidade da prova de que o réu agiu com culpa ou dolo - Artigo 14, § 4º, do referido Código - Recurso não provido”.

Em ação de indenização contra hospital, ajuizada, com base no Código de Defesa do Consumidor, embora se trate de pessoa jurídica, a ela não se aplica a responsabilização objetiva, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico - Aplicável, pois, o § 4º do artigo 14 do referido Código”. (Agravo de Instrumento nº 179.184-1 - São Paulo - Agravante: Ignaz Thallinger - Agravada: Policlínica Santa Amália SC Ltda.)

6. Artigo 333 inciso I do Código de Processo Civil.

7. TJRJ - 4ª C. - Ap. 10898 - j. 11.03.80 - Diário da Justiça do Rio de Janeiro, 7.5.81, p. 64, In Responsabilidade Civil, Coordenador YUSSEF SAID CAHALI, Saraiva, 2ª ed., 1988, p. 348;

8. Evandro Oliveira Jr. , “Determinação de Anticorpos Anti-HCV por Immunoblott Recombinant (RIBA) em Doadores de Sangue - Relação com Ensaio Imunoenzimático”, “in” <http://saudetotal.com.br>.

9. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação 598373116, 9ª Câmara Cível, julgamento: 06/10/99, Relatora: Desembargadora MARIA ISABEL BROGGINI.

10. TJSP, Apelação nº 103.006.4/3-00, relator Desembargador GUIMARÃES E SOUZA:

11. Apelação Cível nº 61.981.5/0-00 - Bauru, 8ª Câmara de Direito Público - Relator Desembargador JOSE SANTANA, constando do corpo do acórdão: *Essa conclusão do autor – de que o resultado do exame era ‘errado’ (atestou doença inexistente) – constitui, evidentemente, uma premissa falsa, porque o resultado do exame apenas detectou a “possibilidade” de ser o paciente portador da doença. O exame é realizado para isso mesmo, ou seja, a verificação dessa possibilidade, cuja leitura é apenas técnica, fato que, evidentemente deveria – se não o foi – ter sido esclarecido ao apelante pelos médicos que o assistiram. A falta desse esclarecimento, ou mesmo com esse, o fato pode, possivelmente, diante da mera possibilidade de portar a doença, ter acarretado ao Autor o sofrimento psicológico e até as outras conseqüências relatadas na inicial, mas que não guardam, rigorosamente, relação causal nenhuma com o resultado do exame realizado pelo laboratório estatal”. (SIC).*

12. *apelação cível nº 101.243-4/0-00-Sorocaba 7ª Câmara de Direito Privado, julgamento aos 20/09/00, v.u., Relator: Desembargador SALLES DE TOLEDO: Vários podem ter sido os motivos conducentes ao primeiro resultado. Vejam-se a propósito, os folhetos de f. 36/37 e 58/61, divulgados, respectivamente, pela Sociedade Brasileira de Patologia Clínica e pela Sociedade Brasileira de Análises Clínicas. Em ambos se lê que o teste anti HVI pelo ELISA pode revelar falsos resultados positivos. Isso pode decorrer da “presença, no soro, de determinantes que simulam proteínas virais” (f. 36). Os fatores são diversos, como por exemplo, a administração de*

vacina antigripal até 3 meses antes, hemodiálises, hemofilia, ou causas desconhecidas”

13. Apelação Cível nº 110.196-4- São Paulo, Relator Desembargador CEZAR PELUSO.

14. Apelação Cível nº 261.135-1, Relator Desembargador CEZAR PELUSO.

15. A Portaria 1376 de 19/11/93 foi publicada no DOE de 02/12/93, alterou a Portaria 721/GM de 09/08/89. Em seu item 4.3, dispôs: *“Notificação do doador: no caso de rejeição do candidato, a causa motivante deve ser registrada na fichade triagem. O candidato à doação deve ser notificado acerca de qualquer anomalia observada durante a avaliação clínica ou quando dos resultados dos testes laboratoriais, devendo-se garantir total sigilo das informações. Também deverá ser encaminhado a profissional ou órgão competente para elucidação diagnóstica e/ou seguimento clínico.”*

16. Apelação Cível n. 114077-2 – Curitiba, DJE 6445 aos 01-09-2003, relator Desembargador Paulo Roberto Hapner.

17. Veja-se que foi disciplinado, na Portaria:

“Art. 2º As unidades hemoterápicas, públicas e privadas, que realizam atividades de Hematologia, ficam obrigadas a cumprir as etapas do conjunto de Procedimentos Sequenciados na conformidade do estabelecido no Anexo I.

Parágrafo único. Para a triagem sorológica de bolsas de sangue as unidades de que trata o caput deste artigo (hemocentros, bancos de sangue, serviços de hemoterapia e assemelhados) ficam obrigadas a cumprir a Etapa I, do conjunto de Procedimentos Sequenciados estabelecidos no Anexo I, desta Portaria.

Art. 4º Deverão constar dos laudos laboratoriais de diagnóstico sorológico da infecção pelo HIV:

4.1. As metodologias e antígenos virais utilizados em cada ensaio, conforme estabelecido no Anexo I.

4.2 A informação: O Diagnóstico Sorológico da infecção pelo HIV somente poderá ser confirmado após a análise de no mínimo 02 (duas) amostras de sangue coletadas em momentos diferentes.”
(SIC)

18. De caráter cogente, porquanto editada no uso da atribuição que lhe confere o art. 11, inciso IV, do Regulamento da ANVISA aprovado pelo Decreto 3.029, de 16 de abril de 1999, art. 111, inciso I, alínea "b", § 1º do Regimento Interno aprovado pela Portaria nº 593, de 25 de agosto de 2000, republicada no D.O.U. de 22 de dezembro de 2000, em reunião realizada em 7 de junho de 2004, considerando a competência atribuída a esta Agência, a teor do artigo 8o, § 1o, VII e VIII da lei nº 9.782 de 26 de janeiro de 1999; considerando as disposições contidas nos artigos 2º e 3o da lei nº 10.205 de 21 de março de 2001; considerando que o sangue e seus componentes, incluindo as células progenitoras hematopoéticas, devem ser submetidos a procedimentos de coleta, processamento, testagem, armazenamento, transporte e utilização visando a mais elevada qualidade e segurança; considerando que a padronização dos procedimentos em hemoterapia, acima descritos, é imprescindível para a garantia da qualidade do sangue e componentes utilizados no país; considerando a necessidade de regulamentar a padronização dos procedimentos em hemoterapia; considerando a necessidade de regulamentar o funcionamento dos serviços de hemoterapia e de bancos de sangue de cordão umbilical e placentário para uso autólogo (BSCUPA); considerando a importância de compatibilizar, integralmente, a legislação nacional com os instrumentos harmonizados no âmbito do Mercosul, Res. GMC nº 42/00.

19. In RT 722/114-121

20. apelação cível nº 1999071011197-4, 5ª Turma Cível, relator Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA, julgamento 26/03/01, v.u.

21. Revista Forense, vol. 83, pág. 218.

22. “in” “De las Obligaciones en General”; 3ª edição; nº 158; citado por WILSON MELO DA SILVA; “in” “Dano Moral e Sua Reparação”; Ed. Forense; 3ª edição; 1983; pág. 337

23. Apelação nº 181.514-1/1 - 4º Câmara, julg. 11.2.93, acórdão assim ementado: *DANO MORAL - Indenização - Erro médico - Fato não comprovado - Verba, ademais, que se justifica quando o ilícito resulte de ato doloso e não culposo - Improcedência da ação decretada - Declaração de votos. Consta do acórdão a indicação doutrinária: “Nesse sentido a lição de Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, 19ª ed., Saraiva, 1984, 3/413; Sílvio Rodrigues, Direito Civil, 8ª ed., Saraiva, IV/227-9 n. 69, ao sustentarem que a regra do art. 1.537 indenização por homicídio e, assim, não pode ser ampliada. Esse entendimento é acompanhado pela jurisprudência (cf. Teresa Ancona Lopes de Magalhães, em Responsabilidade Civil, coord. de Yussef Said Cahali, 1ª ed., Saraiva, 1984, n. 7, p. 324; Caio Mario da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, 2ª ed., Forense, 1990, n. 252, p. 339).”*(SIC)

24. 2ª TACIVIL - 8ª Câmara; Apelação com Revisão nº 233.973/0 - Santo André; rel. Juiz CUNHA CINTRA; julg. 09.05.89; v.u, assim ementado: *HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Condenação do beneficiário da Justiça gratuita, quando vencido - Inaplicabilidade do artigo 11 da lei nº 4.632/65.*

25. relator, Desembargador JACOBINA RABELLO, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 313 575 de Guarulhos (Agte.: REINALDO HOLZCHUH; Agda. INDÚSTRIA DE MEIAS SCALINA LTDA.)

26. Outros excertos do mesmo venerando acórdão: *Mas nem por isso, há de se permitir que o Juiz fique como observador impassível, no decorrer do processo, desde a inicial, acatando propostas de evidente exagero, sem nenhum fundamento fático, as quais devem ser repelidas, ou reduzidas a seus justos limites, independentemente do que virá a ser decidido na sentença. Não se justifica aceitar o valor arbitrário reclamado pelo autor, cabendo ao juiz adotar uma estimativa razoável, tomando por base uma quantia moderada. Caso contrário, o autor poderá pedir quantias gigantescas, sem nenhuma consequência processual imediata, ele que goza da assistência judiciária gratuita...”*

A doutrina também considera que, quando o pedido de reparação é fundado no dano moral, não é o valor perseguido pelo autor que determinará aquele da causa, certo que a questão meramente econômica não pode desestimular o autor a pedir a quantia que entenda devida pelo dano moral que o martiriza, em conformidade com as palavras de Antônio Jeová Santos (cf. “Dano Moral Indenizável”, págs. 5 16/5 17). Também Paulo Esteves, Sérgio Toledo, Saio Kibrit, Mauro Rosner, Concita Cernicchiaro e Maria Martins, em “Dano Moral”, publicado pela Ed. Fisco e Contribuinte, na pág. 98, ressaltam que “A Constituição não dispõe sobre a limitação do valor da indenização por danos morais nem remete ao legislador ordinário a tarefa de discipliná-la. Se o legislador ordinário não tem autorização para prefixar o valor da indenização por dano moral, também ao lesado é vedado tarifa-la. Nessas circunstâncias, exigir-se que o autor fixe o valor que pretende receber por dano moral fere a Constituição, porque caracteriza uma hipótese de limitação prévia, o que não se afeiçoa ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade”. O Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo tem estabelecido como parâmetro para o valor da causa, em ação de indenização por dano moral, o disposto no artigo 258, do CPC, na linha tomada a respeito pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (RSTJ 29/384), como registrado nessa última obra citada (v. págs. 108 e seguintes).

Pelo exposto, ao recurso foi negado provimento”

27. A questão do “quantum” é espinhosa. Tramitam projetos de lei, propondo a fixação de valores de indenização, lembrando um retorno aos primórdios do Direito, em que eram tabeladas algumas penas. Seja como for, rápida consulta aos anais forenses resultará na conclusão de que, no mais das oportunidades, são pleiteados importes em absoluta desconformidade com os estipulados pela jurisprudência. Realmente, o STJ (RESP 506837, julg. 05/06/2003) impôs a indenização de R\$

200.000,00 em caso de erro médico que levou à morte do paciente; o TJMG (apelação 10105.01.028847-7/001, julg. 06/12/2005), também em caso de óbito do paciente, impôs a indenização de R\$ 100.000,00. São somente dois exemplos, relativos a situações extremamente mais graves, que talvez indiquem a tendência dos tribunais na fixação de indenizações. Qualquer dos exemplos, este o aspecto a sublinhar, exhibe valores muito inferiores aos milhares de salários mínimos, volta e meia perseguidos em demandas como as ora cuidadas.