

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE EM RELAÇÃO AOS CUIDADOS NA TRANSFUSÃO SANGUÍNEA E EVENTUAL CONTAMINAÇÃO¹

RENATA SEHNM COSTA²

RESUMO

O presente trabalho dedica-se ao estudo da responsabilidade civil dos estabelecimentos de saúde em relação aos cuidados desde a coleta do sangue até a transfusão de fato e possível contaminação de doença hematológica. Inicialmente é realizado um estudo geral acerca de como era a responsabilidade pelo dano causado a outro no início da sociedade no mundo, destacando os marcos principais da evolução desse instituto até a forma com que ele é tratado nos dias atuais em nosso ordenamento jurídico. Visto a evolução histórica, passa-se ao estudo da responsabilidade civil, onde é analisado seu conceito, espécies, requisitos, excludentes e a quantificação do dano causado à vítima. Após isso, é realizado um estudo sobre a saúde e seu tratamento no atual ordenamento jurídico brasileiro. É visto também os diversos tipos de estabelecimentos de saúde estabelecidos pelo Ministério da Saúde. No que diz respeito à saúde é analisado o conceito de transfusão sanguínea, sua evolução histórica no Brasil e como é dado o tratamento jurídico nos dias de hoje. Ainda nesse tópico, é traçado, em linhas gerais, os cuidados de todo o procedimento a ser adotado da transfusão sanguínea, ou seja, desde o momento da entrevista com o doador até o ato da transfusão de sangue. Finalmente é estudado o tipo de responsabilidade civil que incide sobre os estabelecimentos de saúde, Estado e a União Federal, caso ocorra à transmissão de doença hematológica no ato da transfusão

¹ Artigo extraído de Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado com grau máximo pela banca examinadora composta pelo orientador Prof. Me. Luís Gustavo Andrade Madeira, Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli Zavascki e Prof. Dr. Claudio Lopes Preza Junior, em 19 de dezembro de 2015

² Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Contato: renata.sehnem@gmail.com.

sanguínea. Por fim, são analisados alguns julgados, tanto de Tribunais Estaduais quanto do Superior Tribunal de Justiça para melhor visualizar o entendimento adotado em nosso ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Saúde. Estabelecimento de Saúde. Transfusão sanguínea. Doença Hematológica. Dano.

1. INTRODUÇÃO

A transfusão de sangue é utilizada desde a primeira guerra civil espanhola, em 1939. Nesse primeiro momento a doação era feita sem nenhum tipo de proteção ou procedimento específico. Com o avanço da tecnologia, algumas medidas foram tomadas para que a transfusão ocorresse de forma mais segura, tanto para o doador como para o receptor.

Hoje, como antigamente, a transfusão sanguínea é utilizada para salvar vidas e/ou melhorar a saúde dos pacientes. É um procedimento tecnológico e de constante aperfeiçoamento, na medida em que são elaborados estudos para que a transfusão de sangue seja realizada de maneira mais eficaz e segura para os envolvidos na relação.

Ainda que o tratamento seja eficaz, podem ocorrer, durante ou após o percurso do sangue, algumas complicações que por consequência, podem prejudicar o doador ou o receptor. São diversos tipos de complicações que podem ocorrer ao paciente receptor do sangue, sendo elas desde leves até graves, inclusive, algumas podendo levar o paciente a óbito. É nessa ceara que o presente trabalho fica adstrito: quando a transfusão sanguínea causa dano ao paciente receptor do sangue.

Nesse sentido, durante o procedimento da transfusão sanguínea, devem ser observadas todas as fases a ela impostas, pois, ainda que seja um tratamento que garanta a melhora na saúde do paciente, isso não exclui os riscos a elas pertinentes.

A transfusão de sangue carrega consigo os seus riscos, tornando o paciente vulnerável a possíveis contaminações de doenças hematológicas e é neste momento que ordenamento jurídico brasileiro deve proteger o paciente receptor do sangue.

Assim sendo, se o paciente sofrer dano derivado da transfusão de sangue, o Judiciário brasileiro deve responsabilizar o causador do dano, de forma que o paciente possa ver restabelecida sua condição anterior ao caso ilícito praticado.

A presente pesquisa é dedicada ao estudo da responsabilidade civil dos estabelecimentos de saúde quando da transfusão sanguínea sucede a transmissão de doença

hematológica.

Para isso, o trabalho foi, didaticamente, desmembrado em três capítulos de modo que facilite o entendimento sobre o assunto em análise e, ao final teremos o anexo com as casuísticas de Tribunais Estaduais, bem como do Superior Tribunal de Justiça.

Primeiramente, faz-se necessário analisar a história da responsabilidade civil no mundo. Neste ponto, seremos reportados a analisar como eram realizadas as vinganças privadas nas primeiras formas organizadas de sociedades, passando pela Pena do Talião até os dias atuais.

Vamos estudar o conceito de responsabilidade civil, bem como a importante distinção entre obrigação e responsabilidade civil. Será analisada também sua localização no Código Civil Brasileiro de 2002.

Sobretudo, analisado o conceito de responsabilidade civil e localizada no Código Civil, passaremos a estudar suas modalidades, de forma que possamos identificar, ao fim deste trabalho, em qual modalidade versa o tema em pesquisa.

A partir disso, veremos quais os pressupostos para que se configure a responsabilidade civil, conforme o entendimento doutrinário, bem como quais as causas excludentes da responsabilidade civil.

Dito isso, estudaremos o dano e sua quantificação, tendo em vista a diferença da reparação e da indenização por perdas e danos, considerando que a primeira é a reposição das coisas como eram antes do fato danoso e a segunda é a reparação em forma de pecúnia, quando não possível devolver em espécie ou na forma natural a que se encontrava.

Realizado o estudo sobre responsabilidade civil, passaremos à análise do conceito de saúde, bem como sua proteção no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no Estado Democrático de Direito. Veremos, de forma breve, o conceito de estabelecimento de saúde e seus diferentes tipos, todos previstos pelo Ministério da Saúde.

Também será analisado o conceito de transfusão sanguínea e sua localização legal. No que diz respeito à localização legal será realizado uma análise histórica a respeito da transfusão sanguínea, tendo em vista, que, houve uma evolução a respeito do tema.

Com o intuito de ter uma visão geral a respeito do procedimento da transfusão sanguínea, foram realizadas pesquisas nos sites do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e encontrado o Manual Técnico de Hemovigilância, em que consta todo o procedimento do sangue, desde a entrevista com o doador até a transfusão de fato.

O terceiro e último capítulo trata da responsabilidade civil e os cuidados atinentes à

transfusão sanguínea. Ou seja, trata da culpa e suas consequências na transfusão de sangue. Vamos identificar o tipo de responsabilidade civil que incide nos casos de contaminação de doença hematológica dada por transfusão sanguínea, bem como o dever que os estabelecimentos de saúde têm de indenizar o dano causado ao paciente.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. BREVE HISTÓRICO ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicialmente, cumpre lembrar que como outros institutos do direito encontram histórico no Direito Romano, aqui, no instituto da Responsabilidade Civil, não é diferente. É de conhecimento geral que nos primórdios da humanidade não havia a figura do Estado para resolver conflitos na sociedade, como bem afirma Pablo Stolze:

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação pessoal contra o mal sofrido. É dessa visão do delito que parte o próprio Direito Romano, que toma tal manifestação natural e espontânea como premissa para, regulando-a, intervir na sociedade para permiti-la ou excluí-la quando sem justificativa. Trata-se da Pena de Talião, da qual se encontra traços na Lei das XII Tábuas³.

Carlos Roberto Gonçalves afirma ainda que “se a reação não pudesse acontecer desde logo, sobrevinha a vindita imediata, posteriormente regulamentada, e que resultou na pena de talião, do “olho por olho, dente por dente”⁴.

Interessante notar que a retribuição do mal com mal, “olho por olho”, é uma forma de reparação, do dano sofrido, pela própria vítima. Venosa explica a reação dada pelo ofendido:

Ora, aquele que se sente ofendido quer retribuir o dano que lhe foi causado de igual forma. Na verdade, o princípio é da natureza humana, qual seja, reagir a qualquer mal injusto perpetrado contra a pessoa, a família ou grupo social. A sociedade primitiva reagia com a violência. O homem de todas as épocas também o faria, não fosse reprimido pelo ordenamento jurídico⁵.

Entretanto, na lei “olho por olho”, há uma perspectiva de evolução deste instituto, passando do período de vingança para o da composição, entre o prejudicado e o ofensor. O período de composição é uma substituição da vingança pela compensação pecuniária, que se dá de forma voluntária. Assim, em vez de impor que o autor de um dano a um membro do

³GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.55

⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2012, p. 26

⁵VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, v.4, 2011, p.18

corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima receberia, a seu critério e a título de *poena*, uma importância em dinheiro ou outros bens⁶.

Com o avanço da sociedade, passou a existir uma autoridade soberana às demais, que vedava a vítima a fazer justiça com as próprias mãos, ou seja, cometer o ato de vingança. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada⁷.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz, afirma que o Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. Essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privada e como reparação, visto que havia nítida distinção entre a responsabilidade civil e a penal⁸.

Em um estado mais avançado, sendo considerado como um marco na evolução histórica da responsabilidade civil surge a *Lex Aquilia*, que em linhas gerais regula a reparação do dano. Conforme Venosa⁹, a *Lex Aquilia* foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.C.,

que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. Como os escravos eram considerados coisas, a lei também se aplicava na hipótese de danos ou morte deles. Punia-se por uma conduta que viesse a ocasionar danos. A ideia de culpa é centralizadora nesse intuito de reparação. Em princípio, a culpa é punível, traduzida pela imprudência, negligência ou imperícia, ou pelo dolo. Mais modernamente a noção de culpa sofre profunda transformação e ampliação.

Portanto, conforme se extrai da leitura acima, a *Lex Aquilia* é considerada um marco na história desse instituto, tendo em vista atribuir a origem da “culpa” como fundamento na reparação do dano causado.

O instituto da responsabilidade civil foi recepcionado pelo Código Francês de 1804, entretanto, com o avanço no quesito principiologia, considerando que foi um aperfeiçoamento das ideias românicas, pois, estabeleceu um princípio geral da responsabilidade civil. Carlos Roberto Gonçalves afirma: “aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas

⁶GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.56

⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2012, p. 26

⁸DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2005, p.11

⁹VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, v.4, 2011, p.19

que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência”¹⁰.

No direito brasileiro, o Código Civil de 1916 teve como fundamento a teoria subjetiva, que exige prova de culpa ou dolo do agente causador do dano para insurgir sobre ele a obrigação de repará-lo.

Com a revolução industrial, sucedeu a implementação dos meios de produção, de comunicação e de transporte. Esses acontecimentos modificaram a orientação doutrinária e jurisprudencial sobre a responsabilidade civil, ante a dificuldade de prova da culpa do autor do ilícito pelos prejuízos sofridos pela vítima, consequentes do uso das máquinas¹¹.

A introdução de processos mecânicos nos meios de produção desencadeou uma imensidade de acidentes de trabalho. Na maioria deles, o operário ficava entregue ao desamparo, já que não tinha condições de provar a culpa do patrão. Tocados pela injustiça social que decorria desse quadro os juristas de então iniciaram um movimento para mudar o conceito clássico de responsabilidade, que tinha na culpa o seu pano alto¹².

Na mesma linha, Carlos Roberto Gonçalves faz referência à João Batista Lopes e Washington de Barros Monteiro:

Nos últimos tempos ganhou terreno a chamada teoria do risco, que, sem substituir a teoria da culpa, sobre muitas hipóteses em que o apelo às concepções tradicionais se revela insuficiente para a proteção da vítima. A responsabilidade é encarada sob o aspecto objetivo: o operário, a vítima de acidente de trabalho, tem sempre direito à indenização, haja ou não culpa do patrão ou do acidentado. O patrão indeniza, não porque tenha culpa, mas porque é dono da maquinaria ou dos instrumentos de trabalho que provocaram o infortúnio¹³.

Em verdade, a teoria do risco, na responsabilidade civil, está fundamentada na ideia de exercício de atividade perigosa. Dessa forma, qualquer exercício de atividade que ofereça risco ao agente assume, obrigatoriamente, o dever de ressarcir os danos causados a terceiros decorrentes dessa atividade.

Carlos Alberto Bittar foi citado por Maria Helena Diniz¹⁴, e acrescentou da seguinte maneira: “A noção de risco prescinde da prova da culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando à prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. Baseia-se no princípio do *ubimolumentum, ibi ius* (ou *ibi ônus*), isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos

¹⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2012, p.27

¹¹LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2009, p.208

¹²MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris LTDA, 1996, p. 27

¹³GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2012, p.29

¹⁴DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2005, p.12-13

ocasionados deverá arcar com as suas consequências”.

É preciso deixar bem claro que a culpa continua sendo o fundamento da responsabilidade civil, que o risco não a anulou, constituindo-se, ao seu lado, também como fundamento da responsabilidade civil¹⁵.

O Código Civil de 2002 adota o princípio da responsabilidade civil com base na culpa e define o ato ilícito no artigo 186¹⁶. O artigo 927 estabelece no caput, que aquele que causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo e, de outra forma o parágrafo único do mesmo artigo dispõe, de forma branda o que segue:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (*grifos acrescidos*)

Adota, assim, solução mais avançada e mais rigorosa que a do direito italiano, também acolhendo a teoria do exercício de atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa nos casos especificados em lei, a par da responsabilidade subjetiva como regra geral, não prevendo, porém, a possibilidade de o agente, mediante a inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas aptas a evitar o dano¹⁷.

Em síntese, o artigo 927 do atual Código Civil não revoga leis especiais e, ainda, permite que a jurisprudência considere determinadas atividades já existentes, ou que vierem a existir, como perigosas ou de risco¹⁸. Portanto, após a breve análise acerca da evolução do instituto da responsabilidade civil, conclui-se, que o Código Civil de 2002 traz a inovação sobre as atividades perigosas, tendo em vista que no regime anterior as atividades perigosas eram taxativas e, caso não se enquadrasse nelas, seria remetida à norma geral do Código Civil, qual seja, a responsabilidade subjetiva.

2.2. CONCEITO E LOCALIZAÇÃO LEGAL

¹⁵DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2005, p.13

¹⁶BRASIL. Código Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Artigo 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2012, p.31

¹⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2012, p.31

Inicialmente, destaco as palavras que o magistrado José de Aguiar Dias utilizou em sua obra, citado por Pablo Stolze¹⁹: “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”.

Na mesma linha, Silvio de Salvo Venosa²⁰, afirma que em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá por vezes, excludentes, que impedem a indenização, como veremos. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deve arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar.

Dessa forma, conclui-se, em síntese, que toda atividade feita pelo homem gera, ou, ao menos, tendência o dever de indenizar e adentra no campo da responsabilidade.

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Assim, teremos, respectivamente, *responsabilidade civil contratual* ou *negocial* e em *responsabilidade civil extracontratual* ou *responsabilidade civil aquiliana*, diante da *Lex Aquilia de Damno* aprovada no final do século III a.c e que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual²¹.

No mesmo sentido, Pablo Stolze²² afirma que:

“Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados”.

Segundo Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causados a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal²³.

Para Rui Stoco²⁴, a ideia central, inspiradora dessa construção, reside no princípio multissecular do *neminem laedere* (a ninguém se deve lesar), umas das expressões primeiras do denominado “direito natural”. Deter-nos-emos na responsabilidade civil, que, em nosso

¹⁹GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.46

²⁰VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, v.4, 2011, p.1

²¹TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, v.2, 2008, p.160

²²GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.47

²³DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2005, p.40

²⁴STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.63

entender, constitui obrigação pela qual o agente fica adstrito a reparar o dano causado a terceiro. Na origem dessa figura está a noção de desvio de conduta. Ou seja: a teoria da responsabilidade civil foi edificada para alcançar as ações praticadas em contrário ao direito (tomado no sentido de *directusourectus*, isto é, reto, em linha reta).

A função da responsabilidade civil é principalmente ressarcir os prejuízos da vítima²⁵, tendo em vista que a ninguém se permite lesar outra pessoa sem a consequência de imposição da sanção²⁶.

Superado o conceito de responsabilidade civil e entendido, passaremos a analisar a diferença entre responsabilidade e obrigação, considerando que os dois são institutos que estão intimamente ligados, mas possuem suas diferenças.

Responsabilidade e obrigação não possuem propriamente o mesmo significado²⁷. O estudo da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, sendo a reparação dos danos algo sucessivo à transgressão de uma obrigação, dever jurídico ou direito²⁸.

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é sempre um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação²⁹.

Portanto, a responsabilidade não se confunde com a obrigação originária, uma vez que aquela é invariavelmente um *dever jurídico sucessivo ou suplementar*, decorrente da violação da obrigação³⁰.

Visto isso, passo a analisar onde o instituto da responsabilidade civil está localizado no ordenamento jurídico pátrio.

Arnaldo Rizzardo³¹ explica onde está localizada a responsabilidade civil:

Primeiramente cumpre esclarecer que a responsabilidade civil vem disciplinada no Livro I da Parte Especial do Código Civil, que trata das obrigações. O regramento está no Título IX, Capítulos I e II – ‘Da obrigação de indenizar’ e ‘Da indenização’-, iniciando no art. 927 e com término no art. 954.

²⁵COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2012, p. 544

²⁶STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.114

²⁷LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2009, p.209

²⁸VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, v.4, 2011, p.2

²⁹CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012. p. 2-3

³⁰LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2009, p. 209

³¹RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.23

Sendo assim, a responsabilidade civil é o dever de o ofensor indenizar a vítima pelo dano que lhe foi causado e é recepcionada e disciplinada pelo Código Civil de 2002, em seu Livro I da Parte Especial.

2.3. O DANO E A SUA QUANTIFICAÇÃO, COMO DEVER DE INDENIZAR

A reparação do dano é o principal efeito da responsabilidade civil, não se devendo confundir a ideia de ressarcimento com o ato ilícito, já que se torna possível a reparação do prejuízo extrapatrimonial ou patrimonial mesmo no caso de conduta ilícita, porém danosa à vítima³².

A ideia de tornar indene a vítima se confunde com o anseio de devolvê-la ao estado em que se encontrava antes do ato ilícito. Todavia, em numerosíssimos casos é impossível obter-se tal resultado, porque do acidente resultou consequência irremovível. Nessa hipótese a que se recorrer a uma situação postíça, representada pelo pagamento de uma indenização em dinheiro. É um remédio nem sempre ideal, mas o único de que se pode lançar mão³³.

Na última forma, mesmo não cancelando o dano no mundo dos fatos, é criada uma realidade materialmente correspondente à que existia antes de produzir-se a lesão. O ressarcimento propriamente dito, diferentemente, estabelece uma situação econômica equivalente àquela que foi comprometida pelo dano, através de uma indenização em dinheiro³⁴.

Arnaldo Rizzardo³⁵ diferencia a reparação das perdas e danos: “A reparação, uma vez provado o dano, o normal é que tenha por objeto a reposição das coisas como eram antes do evento causador. (...). As perdas e danos são a forma da reparação para os casos em que a mesma não se torna possível *in specie*, ou não se processa *in natura*. Tal modo de recompor o prejuízo constitui o que se denomina de indenização das perdas e danos, por meio de dinheiro, abarcando os danos patrimoniais e os extrapatrimoniais, os contratuais ou extracontratuais, os nascidos da antijuricidade objetiva ou subjetiva”.

A recomposição natural ou restituição “*in integro*” constitui a forma mais adequada de reparação, pois restaura a situação jurídica do lesado ao estado anterior ao dano. Por tal motivo, a restituição *in integro* é preferível à prestação em pecúnia. A *prestação em pecúnia* deve ser sucedânea da impossibilidade da restituição da coisa ao estado anterior. Porém, se a restituição não for suficiente para restaurar a coisa ao seu estado anterior, o credor poderá

³²LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2009, p.342

³³RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v.4, 2002, p.186,

³⁴RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.45.

³⁵RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.47-48

preferir o pagamento da indenização³⁶.

Por fim, destaca-se o art. 927 do Código Civil, tendo em vista observar estritamente o conceito de ato ilícito e garantir a obrigação de o agente causador do dano indenizar a vítima pelo prejuízo suportado. Vejamos:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo³⁷.

Indenizar é prestar o equivalente, ou seja, deixar a vítima compensada pelo dano sofrido. Embora seja perfeitamente possível a compreensão da noção de indenização quando da reparação por danos patrimoniais, há maior dificuldade em se afirmar a respeito da equivalência que deixe a vítima indene dos danos extrapatrimoniais contra ela perpetrados³⁸.

Maria Helena Diniz³⁹ faz a distinção de dois modos de reparação:

- 1) A *reparação específica* ou *in natura* (senção direta), que consiste em fazer com que as coisas voltem ao estado que teriam se não houvesse ocorrido o evento danoso. É preciso, todavia, deixar bem claro que nem sempre é possível a reconstituição natural e às vezes, mesmo sendo possível, é inconveniente ao interesse do lesado.
- 2) *Reparação por equivalente*, ou melhor, indenização (sanção indireta), entendida como remédio sub-rogatório, de caráter pecuniário, do interesse atingido. Tal reparação jurídica se traduz por pagamento do equivalente em dinheiro. Pela indenização, não se repõe na forma específica o bem lesado, mas se recompensa o monoscabo patrimonial em função do valor que representa o prejuízo.

Nesse mesmo sentido, Rui Stoco⁴⁰ leciona que: “indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização de caráter moratório”.

Em síntese, responsabilidade civil é a obrigação de indenizar o dano causado pelo lesante ao lesado, de forma que seja restabelecido ao estado em que se encontrava. De outra forma, caso não seja possível restabelecer o dano, este será quantificado e pago em forma de pecúnia. Entretanto, essa indenização somente ocorrerá se presentes os requisitos do item 2.4.

³⁶LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2009, p.345.

³⁷BRASIL. Código Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

³⁸LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2009, p.342

³⁹DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2005, p.132

⁴⁰STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.1234-1235

e ausentes as causas excludentes de ilicitude.

Na ação de indenização decorrente de ato ilícito, o autor busca a reparação de um prejuízo e não a obtenção de uma vantagem. A quantificação do dano é dificuldade à parte no campo da responsabilidade civil, tanto no campo contratual como no extracontratual. Quando o dano decorre de um inadimplemento contratual, o próprio contrato balizará o ressarcimento. Os contratantes poderão, ademais, ter prefixado os danos em uma cláusula penal. Em sede de responsabilidade aquiliana, porém, a perda ou prejuízo deverão ser avaliados no caso concreto⁴¹.

Quanto à extensão do dano, significa dizer que o quantum indenizatório será apurado mediante a extensão do dano, independentemente do grau de culpa do agente, conforme o respeitável doutrinador Silvio Rodrigues⁴² afirma: “Conforme já visto, em mais de um passo, a indenização visando tornar indene a vítima deve atender a todo o efetivo prejuízo, além de repor os lucros cessantes. Isso independe do grau de culpa do agente causador do dano, pois, quer sua culpa seja grave, quer leve, quer levíssima, deverá arcar com toda a extensão do prejuízo experimentado pela vítima”.

A quantificação do dano é tema bastante polêmico, tendo em vista não haver uma regra em que possa apoiar-se, conforme afirma Sérgio Cavalieri⁴³: “Uma das objeções que se fazia à reparabilidade do dano moral era a dificuldade para se apurar o valor desse dano, ou seja, para quantificá-lo. A dificuldade, na verdade, era menor do que se dizia, porquanto em inúmeros casos a lei manda que se recorra ao arbitramento (Código Civil de 1916, art. 1.536, § 12; arts. 950, parágrafo único, e 953, parágrafo único, do Código de 2002). E tal é o caso do dano moral. Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral”.

Para fim de quantificar o dano, no momento em que o juiz for arbitrar o valor ele deve considerar duas situações citadas por Carlos Roberto Gonçalves⁴⁴: “Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos

⁴¹VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, v.4, 2011, p.44-43

⁴²RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v.4, 2002, p.187

⁴³CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 103

⁴⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p 368

lesivos à personalidade de outrem”.

Importante lembrar também, que o valor da indenização não pode ser causa de enriquecimento da vítima, como bem menciona Sérgio Cavalieri Filho⁴⁵:

Creio que na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o *prindpio de que odano não pode ser fonte de lucro*. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

É preciso delimitar exatamente o que, no campo da moral do indivíduo, deve ser passível de ressarcimento, com o escopo de se evitar o abuso indenitário e o enriquecimento sem causa, pois há um limite evidente entre a mera suscetibilidade e o efetivo direito extrapatrimonial⁴⁶.

Nesse mesmo sentido o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, decidiu nos autos do recurso de apelação nº 70064911316⁴⁷, que a quantificação do dano moral deve ser fixado em valor razoável, não podendo ensejar enriquecimento indevido de quem a recebe.

Conforme visto, deve o juiz observar as condições financeiras das partes, de modo que se o causador do dano for possuidor de grande riqueza, não pode ser fixado valor irrisório, bem como se a vítima for muito humilde, não deve ser indenizada com valor que lhe enriqueça indevidamente.

3. DA SAÚDE E DOS ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE

3.1. CONCEITO DE SAÚDE

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 105

⁴⁶FRANCO, Júlio César Silva de Mendonça. **Danos morais: compensabilidade e quantificação**. 2008. 124f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista - UNESP, Franca, 2008.

⁴⁷PORTO ALEGRE. Câmara Cível, 15. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. PRELIMINAR REJEITADA. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. A quantificação da indenização a título de dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, não deixando de observar, outrossim, a natureza punitiva e disciplinadora da indenização. TERMO INICIAL. JUROS DE MORA. Os honorários advocatícios devem ser condizentes com o trabalho exigido e produzido pelos profissionais. Apelo provido em parte. Apelação Cível nº 70064911316. Apelante: Iesa Veículos LTDA. Apelado: Kreditare Sociedade de Fomento Mercantil LTDA – MEE. Relator:Des. Vicente Barroco de Vasconcellos. Porto Alegre, 30 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 09 out. 2015

A Organização Mundial da Saúde, traz em sua Constituição o conceito de saúde: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença, ou de enfermidade⁴⁸”.

Jurandir Sebastião é citado por Regina Beatriz Tavares e afirma que: Saúde é o bem-estar físico e psíquico, relevante para a pessoa individualmente considerada e para a sociedade, já que a doença, se contagiosa for, gera risco de propagação generalizada, e, mesmo que não seja, desfalece e interação produtiva, deixando o ser doente de ser contribuinte ativo para tornar-se ônus para todos⁴⁹.

O direito à saúde foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, sendo reconhecida como direito social: “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 Constituição⁵⁰”.

Bem jurídico constitucionalmente tutelado, a saúde é direito indisponível de todos e prerrogativa constitucional inerente à vida e à dignidade da pessoa humana, competindo ao Estado a implementação de políticas públicas que visem assegurar as condições objetivas que perfectibilizem o efetivo acesso a tal direito⁵¹. A saúde é considerada um direito de todos e dever do Estado, é tutelada pelo art. 196, da Constituição Federal⁵²:

Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção e recuperação.

Nas sábias palavras de Bernardes Gonçalves⁵³, sendo a saúde um direito de todos e dever do Estado, esse direito pode ser exigido: O direito à saúde constitui direito de todos e dever do Estado, a partir de um acesso igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Portanto, é um direito público subjetivo capaz de ser exigido do Estado.

⁴⁸ Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) – 1946 – disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 16 out. 2015

⁴⁹ AMARAL, Fernanda Regina da Cunha. **Responsabilidade dos hospitais e operadoras de saúde pelos danos causados aos pacientes**. 2012. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012.

⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁵¹ LINS, Litiane Cipriano Barbosa. **Manual de direito à saúde: para advocacia pública e privada**. Curitiba: Juruá. 2014. p.7

⁵² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁵³ FERNANDES, Bernardes Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. RJ: Lúmen Júris, 2010. p. 1046

No mesmo sentido, Litiane Ciprano⁵⁴ afirma ainda que “classificar o direito à saúde como um direito subjetivo público, isto é, um direito conferido a todo o cidadão de reivindicar a conversão da norma constitucional em prestações materiais, é compreender que todo o indivíduo poderia constranger o Poder Público a realizar políticas que efetivem o direito à saúde, do mesmo modo como poderia exigir do Estado as garantias para a realização de tal direito, inclusive por meio de ação endereçada ao Poder Judiciário”.

Dessa forma, entende-se que a saúde é tratada como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, devendo ser garantida pelo Estado, de forma que cada cidadão poderá, de forma individual, exigir esse direito do Estado. Para a efetivação desse direito, foi implementado o Sistema Único de Saúde, que tem como escopo assegurar o acesso à saúde de forma a garantir o disposto na Constituição Federal.

Tal posicionamento é de grande valia, uma vez que possibilita ao cidadão todos os meios e remédios jurídicos existentes para a proteção desse direito⁵⁵. O direito à saúde é, portanto, direito fundamental e tal como, é dever do Estado garantir sua efetividade e, não o fazendo, pode ser obrigado a prestar o direito reclamado.

Em artigo publicado no site jurídico Jus Navigandi,⁵⁶, restou esclarecido o tema referente à saúde fundamental, tal como o sistema único de saúde brasileiro:

Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei, assegura o artigo 200 da Constituição: controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano, participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido e do trabalho.

Em obediência à norma constitucional, foi publicada a Lei Federal n. 8080/90, que trata da organização do SUS, bem como a Lei Federal 8142/90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre transferências intergovernamentais de

⁵⁴ LINS, Litiane Cipriano Barbosa. **Manual de direito à saúde: para advocacia pública e privada**. Curitiba: Juruá. 2014. p.14

⁵⁵ SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004. p. 17

⁵⁶ JUS NAVIGANDI. Direito fundamental à saúde. Teresina. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41530/direito-fundamental-a-saude>>. Acesso em 10 set. 2015.

recursos financeiros na área da saúde, ambas formando a Lei Orgânica da Saúde⁵⁷.

Com isso, pode-se afirmar que ao Estado compete o dever de prestar, de forma integral, o direito à saúde pública. Além de prestar o serviço à saúde, é de sua atribuição o dever de zelar pela mesma, de sorte que ela seja prestada da melhor forma possível e com mais eficácia.

3.2. CONCEITO DE TRANSFUÇÃO SANGUÍNEA E LOCALIZAÇÃO LEGAL

Transfusão é o ato médico de transferir um sangue ou hemocomponentes deste (plasma sanguíneo, plaquetas, hemácias e leucócitos) de um doador para o sistema circulatório de um receptor. Para o sucesso do procedimento, é necessário haver uma compatibilização entre os agentes⁵⁸. A transfusão de sangue é chamada também, de forma mais técnica, de Hemoterapia, o que significa: emprego terapêutico do sangue, que pode ser transfundido com seus componentes (hemocomponentes) e derivados (hemoderivados)⁵⁹.

A Hemoterapia surgiu no Brasil em meados das décadas de 70 e 80. Mas a Hemoterapia, como toda especialidade que realiza procedimentos, tem o seu contexto empresarial e, como os autores referem, esse mesmo contexto trouxe as suas mazelas e distorções no que pior se pode entender quando o interesse comercial sobrepõe-se aos interesses acadêmicos ou da comunidade de usuários⁶⁰.

Nesse sentido, Celso Guerra⁶¹ narra a problemática da doação de sangue no Brasil: “o outro problema na área da Hemoterapia estava na falta de doadores, levando os serviços públicos à exigência de doação de sangue para internar os pacientes ou à realização de coletas de sangue em presídios. Os bancos de sangue privados, por sua vez, recorriam nas capitais e cidades de médio porte à doação remunerada, criando, assim, uma profissão – a do doador gratificado”.

A falta de controle governamental estimulou a proliferação de bancos de sangue que colhiam sangue de doadores remunerados, algumas vezes estimulados pelos próprios órgãos governamentais. Naquela época, mesmo alguns serviços públicos remuneravam os doadores de sangue. Os fiscais do Ministério da Previdência exigiam dos serviços de hemoterapia,

⁵⁷JUS NAVIGANDI. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988. Teresina. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25309/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em 10/09/2015

⁵⁸ WIKIPÉDIA. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Transfus%C3%A3o_de_sangue>. Acesso em: 10 set. 2015.

⁵⁹ WIKIPÉDIA. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Hemoterapia>>. Acesso em: 25 out. 2015.

⁶⁰ Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s1516-84842005000300004&script=sci_arttext> Acesso em: 11 set. 2015.

⁶¹ Fim da doação remunerada no Brasil faz 25 anos. Publicado em: Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia, Vol 27, (2005), p. 1

ainda na década de 70, a apresentação de recibos que comprovassem o pagamento dos doadores de sangue, por inferirem que o lucro do empresário não se poderia fazer à custa de doadores voluntários⁶².

Com isso, foi de extrema valia a atuação da Sociedade Brasileira Hematologia e Hemoterapia (SBHH) para que as entidades governamentais desse fim ao mercado de doação de sangue, tendo que apresentar uma campanha para doação de sangue voluntária, conforme relata o então presidente Celso Guerra⁶³: “A SBHH enviou cartas aos Ministérios da Previdência e da Saúde e pediu apoio à campanha de doação voluntária, não tendo sequer obtido resposta à solicitação”.

Importante destacar que a referida carta foi encaminhada no ano de 1979 e somente um ano após o envio da carta é que a SBHH obteve uma resposta, conforme destacado: “Em março de 1980, a SBHH foi convidada para assistir em Brasília ao lançamento do Pró-Sangue. Neste documento, o governo posicionava-se de forma clara pela doação voluntária de sangue e estabelecia um projeto de estatização da atividade hemoterápica com a substituição dos serviços privados pelos públicos. Reunidos com os hemoterapeutas em São Paulo foi decidido que a doação remunerada deveria ser extinta⁶⁴”.

Resolvido o problema da doação de sangue remunerada, surgiu então o problema das possíveis contaminações de doenças existentes no sangue, tendo em vista que não era realizada uma triagem sorológica nos doadores. O problema surgiu, mais precisamente, quando restou evidente a transmissão da Síndrome da Imuno-deficiência - AIDS, através da transfusão de sangue.

Oportuno trazer o primeiro caso, no Brasil, de contaminação da síndrome através da transfusão de sangue⁶⁵:

No Brasil, o caso do cartunista Henfil (falecido em 1988), infectado pelo HIV através de transfusão de sangue, gerou o processo 88.0004578-2, no qual foram réus a União Federal e o Estado do Rio de Janeiro. Esse pode ser considerado um caso pioneiro, pois colocou sob foco a responsabilidade do Estado ante as transfusões de sangue e questionou sua própria inércia.

Diante desse primeiro caso de contaminação de doença obtida através de transfusão de sangue, o Estado se viu obrigado a regulamentar e fiscalizar o sistema de transfusão

⁶²Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s1516-84842005000300004&script=sci_arttext> Acesso em: 11 set. 2015.

⁶³ Fim da doação remunerada no Brasil faz 25 anos. Publicado em: Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia, Vol 27, (2005), p. 1

⁶⁴ Fim da doação remunerada no Brasil faz 25 anos. Publicado em: Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia, Vol 27, (2005), p. 1

⁶⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. **Implicações Éticas de Diagnóstico e da Triagem Sorológica do HIV**. 2004. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/imp_eticas_0.pdf> Acesso em: 12 set. 2015. p. 17

sanguínea, em que pese ser reconhecida a sua responsabilidade pela segurança do sangue doado com a finalidade de ser transfundido.

Em 25.01.1988 foi editada a Lei Federal n° 7.649, estabelecendo a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue, bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando prevenir a propagação de doenças⁶⁶. Esta norma estabelece padrões mínimos de identificação das requisições de transfusão, das amostras de sangue de receptor e de seu armazenamento por um período mínimo de 48 horas, a fim de possibilitar o esclarecimento das reações transfusionais, e de etiquetas de identificação das bolsas de hemocomponentes preparadas para transfusão⁶⁷.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) é o órgão regulador dos procedimentos técnicos necessários para a proteção da saúde individual e coletiva nas unidades que possuem banco de sangue ou banco de órgãos. Dentre as suas atribuições, a ANVISA deve zelar para que não sejam imputadas ao Estado responsabilidades que não lhe são pertinentes⁶⁸.

Diante do exposto, restou claro o conceito de transfusão de sangue, bem como foi possível realizar uma breve análise acerca da evolução do sistema de Hemoterapia no Brasil e a responsabilidade do Estado no ato da transfusão sanguínea, do começo ao fim, de forma que o levou a normatizar o sistema para que sejam observadas as regras e procedimentos que devem ser adotados para zelar pelo interesse maior de sua população.

3.3. CUIDADOS NA TRANSFUÇÃO SANGUÍNEA

Como dito anteriormente, a ANVISA é responsável por zelar pelo procedimento da transfusão sanguínea, a fim de que o Estado não seja responsabilizado por eventual propagação de doenças transmitidas através da transfusão de sangue. Diante dessa responsabilidade a ANVISA, juntamente com o Ministério da Saúde, estabelece a incorporação das ações de Hemovigilância no Sistema Único de Saúde (SUS), sendo um processo importante dentro da qualificação da medicina transfusional.

⁶⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. **Implicações Éticas de Diagnóstico e da Triagem Sorológica do HIV**. 2004. Disponível em: < http://www.aids.gov.br/sites/default/files/imp_eticas_0.pdf> Acesso em: 12 set. 2015. p. 17

⁶⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Manual Técnico de Hemovigilância**. 2007. Disponível em: < http://www.cvs.saude.sp.gov.br/zip/manual_tecnico_hemovigilancia_08112007.pdf> Acesso em: 12 set. 2015. p. 14

⁶⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Implicações Éticas de Diagnóstico e da Triagem Sorológica do HIV**. 2004. Disponível em: < http://www.aids.gov.br/sites/default/files/imp_eticas_0.pdf> Acesso em: 12 set. 2015. p. 17

Com o objetivo de orientar a população brasileira dentro desse processo de vigilância, iniciou-se, em 2000, uma série de discussões sobre o modelo de Hemovigilância a ser adotado no país por meio da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e a construção de uma proposta de implementação de um sistema brasileiro. Consolidando esse movimento, em 2001, a ANVISA lançava a primeira versão do Manual Técnico de Hemovigilância, sendo a última versão editada em 2004, e que teve por objetivo apresentar o Sistema Nacional de Hemovigilância (SNH) e a estrutura funcional do SNH e do fluxo da informação. Apresentava-se, também, a primeira proposta nacional de algoritmo de notificação e investigação das reações transfusionais⁶⁹.

No Manual Técnico de Hemovigilância consta os procedimentos a serem adotados na transfusão sanguínea, desde a entrevista com os doadores até a transfusão de fato, para que seja feita de forma eficaz, bem como para proteger a integralidade física dos envolvidos na transfusão sanguínea.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL E OS CUIDADOS NA TRANSFUÇÃO SANGUÍNEA

4.1. CULPA E CONSEQUÊNCIA NOS CUIDADOS DA TRANSFUÇÃO SANGUÍNEA

Em sentido amplo, culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar. Não podemos afastar a noção de culpa do conceito de dever⁷⁰. Culpa é a violação de um dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível⁷¹.

Pablo Stolze⁷² afirma que a culpa (em sentido amplo) derivada inobservância de um dever de conduta, previamente impostopela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito.

Em síntese, Montenegro⁷³ leciona:

⁶⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Manual Técnico de Hemovigilância**. 2007. Disponível em: <http://www.cvs.saude.sp.gov.br/zip/manual_tecnico_hemovigilancia_08112007.pdf> Acesso em: 12 set. 2015.

p. 8

⁷⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, v.4, 2011, p. 25

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 33

⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 200

⁷³ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris LTDA, 1996, p. 20

A culpa – *lato sensu*– equivale ao dolo e vem a ser a prática de um fato danoso, do qual o agente tinha conhecimento e a intenção de perpetrá-lo. Na culpa – *stricto sensu*–, o resultado lesivo decorre de ignorância, negligência ou imprudência do seu autor.

Dessa forma, a culpa por atos não intencionais abrange a ideia de negligência, imprudência e imperícia, conforme disposto no artigo 186 do Código Civil⁷⁴:

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.

Carlos Roberto Gonçalves⁷⁵ nos traz o conceito de negligência, imprudência e imperícia:

Pode-se afirmar que *imprudência* é conduta positiva, consiste em uma ação na qual o agente deveria abster-se, ou em uma conduta precipitada. (...). A *negligência* consiste em uma conduta omissiva: não tomar as precauções necessárias, exigidas pela natureza da obrigação e pelas circunstâncias, ao praticar uma ação. (...). Por fim, *imperícia* é a incapacidade técnica para o exercício de uma determinada função, profissão ou arte.

Em regra, a exigibilidade da reparação subordina-se a um elemento subjetivo, o dolo ou a culpa, do causador do dano. Excepcionalmente, porém, a culpa ou dolo têm sua comprovação dispensada, nas hipóteses submetidas ao regime de responsabilidade objetiva, ou seja, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente exercida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (art. 927, parágrafo único, do CC)⁷⁶.

Consta no Manual Técnico de Hemovigilância todo o procedimento a ser observado pelos laboratórios ao realizarem uma doação de sangue. Esses procedimentos devem ser observados com máxima cautela, a fim de que no percurso não ocorra nada que possa prejudicar o receptor do sangue e este, não arque com o ônus de uma possível contaminação.

A exemplo disso, Helena Ferreira⁷⁷ afirma:

Quando o médico, por exemplo, realiza suas atividades sem a devida observância das condutas-padrões a serem seguidas (negligência), e/ou sem possuir capacitação para desempenhá-las (imperícia), e/ou expõe paciente desnecessariamente ao risco (imprudência) existirá uma significativa propensão de que essa conduta causa danos ao paciente.

⁷⁴ PELUSO, Cesar. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916**. 4 ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 141

⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 299

⁷⁶ PELUSO, Cesar. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916**. 4 ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 141

⁷⁷ NUNES, Helena Ferreira. **Responsabilidade Civil e a transfusão de sangue**. 2010. Dissertação (Mestrado em Medicina) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 100

O sangue e seus componentes são tutelados na Carta Magna em seu § 4º do artigo 199 CF, que assim dispõe:

A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Ainda que previsto na Constituição Federal sobre o sangue e seus hemocomponentes, fez-se necessária uma Lei que regulamentasse a transfusão sanguínea, para fins de melhor fiscalizar o procedimento da transfusão sanguínea e guardar a saúde de sua população, que é o interesse maior do Estado. Para tanto foi promulgada a Lei Federal 7.649/88, que estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando a prevenir a propagação de doenças infecciosas. O artigo 7º da referida Lei vincula o Estado ao dever de fiscalizar os procedimentos de transfusão sanguínea realizados pelos bancos de sangue, centro hemoterápicos e entidades afins e, não o fazendo age de forma negligente. Assim dispõe o artigo 7º⁷⁸ da Lei:

Art. 7º Compete às Secretarias de Saúde das unidades federadas fiscalizar a execução das medidas previstas nesta Lei, em conformidade com as normas do Ministério da Saúde.

Conforme visto no item 3.4, os procedimentos adotados para que ocorra a transfusão sanguínea são minuciosamente estabelecidas no Manual Técnico de Hemovigilância e devem ser seguidos à risca. A transfusão de sangue é considerada uma terapia médica de grande complexidade, pois, são muitos os detalhes a serem observados para que ao fim do procedimento se tenha êxito.

O risco é intrínseco à atividade – transfusão de sangue, mesmo que sejam utilizadas todas as tecnologias existentes e disponíveis no processo de produção, ainda assim remanescerá a possibilidade de contaminação por doenças transmissíveis, em razão do risco residual (janela imunológica, mutação viral, doenças emergentes etc.)⁷⁹.

Desse modo, em caso de contaminação pelo vírus HIV, decorrente, por exemplo, de uma transfusão de sangue, há a responsabilidade civil do Estado, que deixou de fiscalizar e controlar a atividade, ou o fez insuficientemente, de maneira que deverá ele figurar como

⁷⁸ BRASIL. Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988. Estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando prevenir a propagação de doenças, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁷⁹ NUNES, Helena Ferreira. **Responsabilidade Civil e a transfusão de sangue**. 2010. Dissertação (Mestrado em Medicina) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 134

litisconsorte passivo, em eventual demanda judicial⁸⁰.

É o entendimento dominante da jurisprudência. Vejamos o Recurso Especial nº 1.299.900⁸¹:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.900 - RJ (2011/0302811-8) RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS RECORRENTE : UNIÃO RECORRENTE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO PROCURADOR : ADRIANA PRATA DE FREITAS E OUTRO(S) RECORRIDO : CELSO DE OLIVEIRA JOE E OUTRO ADVOGADO: ANNA MARIA DE FRANCA OMENA E OUTRO(S) RECORRIDO: MARCOS ALEXANDRE GOMES DE LIMA E OUTRO ADVOGADO: LEONARDO HENRIQUE FERREIRA DA SILVA EMENTA ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CONTAMINAÇÃO DE HEMOFÍLICOS COM O VÍRUS HIV (AIDS) E HCV (HEPATITE C). OMISSÃO ESTATAL NO CONTROLE DO SANGUE. DANO MORAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO E DO ESTADO. DECISÃO EXTRA PETITA . LEI 4.701/65.

1. Recursos especiais provenientes de ação ordinária ajuizada contra a União e o Estado do Rio de Janeiro, objetivando o pagamento de indenização em virtude de os recorridos terem contraído HIV e Hepatite C quando realizaram tratamento para hemofilia no Centro de Hematologia Santa Catarina. O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo para reformar a sentença que havia reconhecido a prescrição – condenando o Estado e a União a pagar a quantia de R\$ 465.000,00 (quatrocentos e sessenta e cinco mil reais) para cada apelante, ficando cada ente federativo devedor da metade da cota de cada apelante.

(...)

5. O Estado do Rio de Janeiro e a União possuem legitimidade passiva, nos termos da Lei 4.701/65, para responder pelos danos causados aos hemofílicos contaminados, em transfusões de sangue, por HIV e Hepatite C, na década de 1980. Precedentes: REsp 1423483/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, j. 25/11/2014, DJe 05/12/2014; REsp 1479358/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, 2ª Turma, j. 02/10/2014. 6. Responsabilidade objetiva do Estado, com base na teoria do risco administrativo, por contaminação com o vírus HIV e HCV (hepatite C), em decorrência de transfusão de sangue. Dano e nexos causal reconhecidos pelo Tribunal de Origem. Não se observa excludente de culpabilidade no caso em análise. Reconhece-se a conduta danosa da Administração Pública ao não tomar as medidas cabíveis para o controle da pandemia. No início da década de 80, já era notícia no mundo científico de que a AIDS poderia ser transmitida pelas transfusões de sangue. O desconhecimento acerca do vírus transmissor (HIV) não exonera o Poder Público de adotar medidas para mitigar os efeitos de uma pandemia ou epidemia. Princípio da Precaução no âmbito do Direito Administrativo.

(...) *(grifos do autor)*

Conforme se depreende do julgado acima, a União responde de forma objetiva, com base na teoria do risco e seu dever de vigilância, que deve ser exercido de forma a evitar a propagação de doenças.

No mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL Nº 670.914 - RJ (2004/0105729-4) RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO RECORRENTE : UNIÃO RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO PROCURADOR : DANIELA STORRY LINS E

⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, 2010. p. 899

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.299.900 da 11ª. Câmara Cível do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Brasília, DF, 03 de março de 2015.

OUTROS RECORRIDO : JOSÉ ADEILDO DE OLIVEIRA E OUTRO
 ADVOGADO : MARCELO DEALTRY TURRA EMENTA ADMINISTRATIVO.
 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO CONTAMINAÇÃO PELO VÍRUS
 HIV. HEMOFILIA GRAVE. TRATAMENTO DE HEMOTERAPIA. MORTE.
 REPARAÇÃO POR DANO MORAL. UNIÃO. LEGITIMIDADE. ART. 4º DA LEI
 4.701/65. ART. 23, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

I - Nos termos do art. 4º da Lei 4.701/65, vigente à época do fato e do art. 23, inciso II, da Constituição Federal, a União pode figurar no pólo passivo de ação visando ao ressarcimento por danos morais pela morte de paciente infectado pelo vírus HIV durante tratamento de hemoterapia em estabelecimento estadual.

II - Tendo o Tribunal a quo verificado estar presente o nexos causal, não é possível, em sede de recurso especial, chegar-se a conclusão diversa, pois seria necessário o reexame do contexto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula nº 07/STJ.

III - Não é possível alteração do valor fixado a título de danos morais, por demandar o reexame das provas dos autos, vedado pela Súmula nº 07 desta Corte. IV - Recurso especial improvido.⁸²

Diante disso, conclui-se que se o Estado negligenciar os cuidados a serem tomados no curso da transfusão de sangue e ocorrer contaminação de doenças infecciosas aos pacientes, esse deve ser responsabilizado, de forma a reparar o prejuízo sofrido pela vítima.

4.2. RESPONSABILIDADE OBJETIVA OU SUBJETIVA E O DEVER DE INDENIZAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE

Conforme visto no decorrer deste trabalho, sabemos que responsabilidade civil é o dever de reparação do dano que uma pessoa causa a outra. A responsabilidade pode ser objetiva ou subjetiva, a primeira ocorre independentemente de culpa, enquanto que a segunda tem como fundamento a culpa. O item 2.3.2 traz as questões acerca de cada uma delas. Cumpre, neste momento, identificar a qual tipo de responsabilidade civil está consubstanciada a relação da transfusão sanguínea e possível contaminação.

Em se cuidando de direito à saúde e à vida humana, resguardados pela Constituição Federal como garantia fundamental irretirável, a circunstância de os serviços prestados serem gratuitos não subtrai o dever de a entidade hospitalar assegurar esses direitos sagrados do paciente⁸³.

Responsabilidade subjetiva é aquela que é apurada mediante a demonstração da culpa do agente causador do dano⁸⁴. Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 670914 da 9ª. Câmara Cível do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Brasília, DF, 20 de outubro de 2005.

⁸³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, 2010. p. 817

⁸⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2009, p. 227

configura se agiu com dolo ou culpa⁸⁵.

Responsabilidade objetiva, se funda no risco, que explica essa responsabilidade no fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens (*RF*, 284:274; *RT*, 579:135, 611:275, 620:197). É irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexa causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar⁸⁶.

Cavaliere⁸⁷ explica a teoria do risco:

Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a teoria do risco, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente.

No mesmo entendimento, Carlos Roberto Gonçalves⁸⁸ afirma: conforme se vem de afirmar, a massificação das relações e a sua despersonalização, provocadas sobretudo pela industrialização, fez proliferar os eventos danosos, agora marcados pela característica do anonimato. Ou seja, a produção e fornecimento em massa dos produtos gerou o que se passou a chamar de a era dos acidentes, em que dificilmente se identifica um culpado, particularmente, a quem se possa imputar a responsabilidade pela reparação do prejuízo causado.

A responsabilidade objetiva foi recepcionada pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil Brasileiro⁸⁹ que assim dispõe:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Em comentário à responsabilidade na transmissão do vírus HIV Arnaldo Rizzardo⁹⁰ afirma que: “em relação aos hospitais, aos laboratórios, às clínicas, aos bancos de sangue, cujo teste anti-HIV é obrigatório desde a Lei 7.645, de 25.01.1998, uma vez verificada a transmissão em razão do desempenho de suas funções profissionais, a responsabilidade é objetiva. Não se perquire a respeito da culpa. A obrigação indenizatória advém da prestação

⁸⁵ GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 47

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2005, p. 129

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 152

⁸⁸ GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 53

⁸⁹ BRASIL. Código Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

⁹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 818

de serviço ou do fornecimento do sangue (...). A simples constatação da relação causa e efeito é suficiente para imputar a obrigação reparatória”.

Sabe-se que o presente trabalho não está adstrito aos casos de contaminação do vírus HIV, mas sim de outras doenças possíveis de serem transmitidas pela transfusão sanguínea. Entretanto, podemos utilizar o exemplo dado pelo mestre Arnaldo Rizzardo, que muito bem se posicionou no sentido de a responsabilidade dos estabelecimentos de saúde que transmitem doenças no ato da transfusão sanguínea ser objetiva, porquanto todo o risco que a atividade tem.

Além do mais, o contrato estabelecido entre o paciente e os estabelecimentos de saúde é um contrato de prestação de serviços, conforme afirma Nelson Nery Junior⁹¹: Para tanto, não se nega que os hospitais são prestadores de serviços médicos e hospitalares de hospedagem.

O contrato de prestação de serviços tem de um lado o fornecedor/prestador de serviços e de outro o consumidor do serviço prestado sendo, portanto, estabelecida uma relação de consumo disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor. Passemos à análise do conceito de consumidor e fornecedor de serviços, segundo critério estabelecido no referido diploma legal.

O Código de Defesa do Consumidor⁹² conceitua consumidor no seu artigo 2º: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Em seu artigo 3º o mesmo diploma legal⁹³ define fornecedor: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de prestação de serviços”.

Portanto, na área da saúde, a relação entre o paciente e o prestador de serviços é uma relação de consumo. O paciente utiliza o serviço como destinatário final e o prestador de serviços desenvolve a atividade respectiva⁹⁴.

Estabelecida a relação de consumo, é passível de aplicação o estabelecido no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor⁹⁵:

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

⁹¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, 2010. p. 818

⁹² BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

⁹³ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

⁹⁴ GODOY, Cláudio Luiz Bueno et al. **Responsabilidade Civil na área da saúde**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 31

⁹⁵ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

sobre sua fruição e riscos.
(*grifos pelo autor*)

Embora comuns as áreas de incidência do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, as disciplinas jurídicas de ambos os diplomas legais estão em perfeita sintonia, fundadas nos mesmos princípios e com vistas aos mesmos objetivos. A disciplina do primeiro, todavia, por sua especialidade, só tem incidência quando há relação de consumo, reservando-se ao Código Civil, muito mais abrangente, a aplicação de sua cláusula geral nas demais relações jurídicas, contratuais e extracontratuais⁹⁶.

Diante do exposto, conclui-se que seja pela teoria do risco ou pelo Código de Defesa do Consumidor, o estabelecimento de saúde que transmitir doença através de transfusão sanguínea responderá de forma objetiva pelo dano causado.

Causado o dano, estabelece-se o dever de indenizar dos estabelecimentos de saúde. Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização de caráter moratório⁹⁷.

Arnaldo Rizzardo⁹⁸ afirma que a prática de um ato ilícito determina o ressarcimento dos danos, o que se verifica com a reposição das coisas em seu estado anterior. Se há a impossibilidade para a reposição, ao prejudicado resta a opção da indenização em dinheiro por perdas e danos.

Por todo o exposto, entende-se que a responsabilidade dos estabelecimentos de saúde, que no ato da transfusão de sangue que transmite ao paciente doenças hematológicas, é objetiva considerando a teoria do risco, bem como a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista o contrato de prestação de serviço. Causado o dano à vítima, cumpre ao estabelecimento de saúde indenizá-la, a fim de restabelecer a vítima ao estado em que se encontrava e, não sendo possível a indenização deve ser realizada na forma de prestação pecuniária.

Por fim, entende-se também ser dever do Estado garantir a segurança e efetividade na prestação de serviço à saúde. No caso da transfusão sanguínea, o Estado deve agir no plano da prevenção, ou seja, instituindo normas de procedimentos de transfusão sanguínea e no plano

⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 193

⁹⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 1181

⁹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 53

da fiscalização, ou seja, de forma a fiscalizar se procedimentos, por ele instituídos, estão sendo observados.

5. CONCLUSÃO

Historicamente a responsabilidade civil surgiu com a vingança privada, logo nas primeiras formas de sociedade. Essa era considerada uma forma agressiva, entretanto, era meio de defesa contra o mal sofrido. “Olho por olho, dente por dente” era o nome popularmente dado a forma de vingança privada.

Em período mais avançado, essa vingança privada foi substituída pelo período da composição, caso em que aquele que causou dano a uma pessoa, poderia compor o dano causado pela forma de prestação pecuniária. A composição do dano em forma de pecúnia se dava de forma voluntária e, com o decorrer do tempo passou a se tornar obrigatória. Chega-se então à época em que o Estado passa a intervir nos conflitos privados.

A responsabilidade civil avança e tem sua marca quando surge a *Lex Aquilia*, fundada na culpa, ou seja, o agente causador do dano responde pelo dano quando agir com culpa. Com a revolução industrial, o instituto recebe mais um avanço histórico, é a chegada da responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco da atividade.

A partir desses avanços históricos no instituto da responsabilidade civil, nasce o conceito mais aceito no ordenamento jurídico brasileiro e sua localização no atual Código Civil Brasileiro.

Tendo estudado as etapas da responsabilidade civil, desde as primeiras formas de sociedade até os dias atuais, bem como seu conceito e localização legal, passamos ao estudo sobre as diversas formas que ocorre a responsabilidade civil, sendo contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva e direta ou indireta.

Tecemos acerca dos pressupostos da responsabilidade civil. Nesse ponto destaco que a relação do nexos causal com o dano sofrido pela vítima, ainda que se trate de responsabilidade objetiva, é requisito necessário, sem o qual não se configura o dever de indenizar. De forma mais sucinta verificamos quais as causas que excluem o causador do dano da responsabilidade civil, ainda que a vítima tenha sofrido prejuízo.

Constatamos a problemática da quantificação do dano presente nos Tribunais, tendo em vista não haver uma regra a ser aplicada, contando apenas que o juiz leve em consideração os critérios estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência, ou seja, que observe a proporcionalidade do grau da culpa e a situação financeira das partes.

Adentrando no tema da saúde vimos o conceito e sua localização legal, assim como

identificamos o progresso do Estado no procedimento da transfusão sanguínea com a finalidade de proporcionar maior segurança na prestação de seu serviço. Entretanto, concluímos que o risco à atividade existe, ainda que tenha diminuído conforme o avanço da tecnologia.

Considerando que a atividade da transfusão sanguínea não está livre de risco, concluímos que incide sobre ela a responsabilidade civil objetiva, ou seja, fundada no risco.

Ao adentrar no procedimento da transfusão sanguínea identificamos que é disponibilizado o Manual Técnico de Hemovigilância pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA juntamente com o Ministério da Saúde, o qual deve ser observada cada etapa rigorosamente, para que o serviço seja prestado com segurança. Importante destacar também que compete à ANVISA fiscalizar se está sendo adotado o procedimento correto.

Ainda quanto à responsabilidade objetiva que incide no caso da presente pesquisa, podemos afirmar que é estabelecido um contrato de prestação de serviço entre o paciente e os estabelecimentos de saúde, razão pela qual se insurge a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Fernanda Regina da Cunha. **Responsabilidade dos hospitais e operadoras de saúde pelos danos causados aos pacientes**. 2012. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado Federal, 2002

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988. Estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando prevenir a propagação de doenças, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Manual Técnico de Hemovigilância**. 2007. Disponível em:

<http://www.cvs.saude.sp.gov.br/zip/manual_tecnico_hemovigilancia_08112007.pdf>

BRASIL. Ministério da Saúde: **Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde**.

Disponível em: <http://cnes.datasus.gov.br/Info_Introducao.asp> .

BRASIL. Ministério da Saúde. **Implicações Éticas de Diagnóstico e da Triagem Sorológica do HIV**. 2004. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/imp_eticas_0.pdf>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.299.900 da 6ª. Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Brasília, DF, 03 de março de 2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 670914 da 7ª. Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Brasília, DF, 20 de outubro de 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2012.

Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) – 1946 – disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2005.

FRANCO, Júlio César Silva de Mendonça. Danos morais: compensabilidade e quantificação. 2008. 124f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista - UNESP, Franca, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno et al. **Responsabilidade Civil na área da saúde**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

GUERRA, Celso C. **Fim da doação remunerada no Brasil faz 25 anos**. Publicado em: Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia, Vol 27, (2005).

JUS NAVIGANDI. **Direito fundamental à saúde**. Teresina. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41530/direito-fundamental-a-saude>>. Acesso em 10 set. 2015.

JUS NAVIGANDI. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988**. Teresina. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25309/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em 10/09/2015

LINS, Litiane Cipriano Barbosa. **Manual de direito à saúde: para advocacia pública e privada**. Curitiba: Juruá. 2014.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2009.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris LTDA, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Essenciais Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, 2010.

NUNES, Helena Ferreira. Responsabilidade Civil e a transfusão de sangue. 2010. Dissertação (Mestrado em Medicina) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 100

PELUSO, Cesar. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916**. 4 ed. São Paulo: Manole, 2010. p.

Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s1516-84842005000300004&script=sci_arttext>

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, v.2, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Método, 2011.

WIKIPÉDIA. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Transfus%C3%A3o_de_sangue>.

WIKIPÉDIA. Disponível em: < <https://pt.wikipedia.org/wiki/Hemoterapia>>.