

Apelação Cível n. 2012.018555-6, de Itajaí
Relator: Des. Newton Trisotto

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO.
RESPONSABILIDADE CIVIL. LABORATÓRIO MUNICIPAL
QUE ATESTA SER A DEMANDANTE PORTADORA DO
VÍRUS H.I.V. DESCUMPRIMENTO DAS NORMAS
REGULAMENTARES RELACIONADAS COM OS EXAMES DA
ESPÉCIE. RESULTADO POSITIVO QUE MESES DEPOIS FOI
RECONHECIDO COMO EQUIVOCADO. PRETENSÃO À
REPARAÇÃO DO DANO MORAL E MATERIAL
(ASSIS-TÊNCIA PSICOLÓGICA) JULGADA PROCEDENTE
APENAS EM PARTE. RECURSO DA AUTORA PROVIDO.
RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO.

01. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis *"pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros"* (CR, art. 37, § 6º; CC, art. 43). A responsabilidade é objetiva – ainda que omissivo o ato (AgRgAl n. 766.051, Min. Gilmar Mendes; AgRgRE n. 607.771, Min. Eros Grau; AgRgRE n. 594.902, Min. Cármen Lúcia; AgRgRE n. 697.396, Min. Dias Toffoli) –, circunstância que não desonera o autor do ônus de demonstrar o *"nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o quantum da indenização"* (Hely Lopes Meirelles).

02. *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"* (CC, arts. 186 e 927).

Dano moral indenizável *"é o prejuízo resultante de ofensa à integridade psíquica ou à personalidade moral, com possível ou efetivo prejuízo do patrimônio moral"* (Cunha Gonçalves); pode resultar de *"ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada um, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida e à*

***integridade corporal"* (Wilson Melo da Silva).**

O autor não necessita demonstrar os elementos identificadores do dano moral, se presumível (*damnum in re ipsa*). É presumível o dano moral daquele que se submeteu a exame de análise clínica e foi informado ser portador de incurável doença (H.I.V.), se meses depois o resultado do exame não se confirmou. Cumpre ao ente estatal a que se encontram vinculados os agentes responsáveis pelo erro o dever de compensar o dano moral dele decorrente (STJ, AgRgEDclREsp n. 1.251.721, Min. Antônio Carlos Ferreira; AgRgAREsp n. 191.355, Min. Ari Pargendler; TJSC, AC n. 2008.045144-5, Des. Newton Janke).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.018555-6, da Comarca de Itajaí (Vara da F. Púb. E. Fisc. A. do Trab. e Reg. Púb.), em que são apelantes e apelados Mariliza da Silva e Município de Itajaí, e apelado Laboratório Municipal de Itajaí:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso do réu apenas quanto aos encargos da mora e prover o recurso da autora para arbitrar em cinquenta mil reais a compensação pelo dano moral, para condenar o réu a custear o tratamento médico (psiquiátrico/psicológico) futuro e determinar a incidência de juros de mora a contar do ato ilícito, mantidos os honorários arbitrados na sentença. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 5 de novembro de 2013, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Newton Trisotto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Jorge Luiz de Borba e Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2013

Newton Trisotto
RELATOR

RELATÓRIO

Mariliza da Silva ajuizou **“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO (DANOS MORAIS) CAUSADO POR ATO ILÍCITO”** contra o **Município de Itajaí** e o **Laboratório Municipal de Itajaí**. Em relação a este, o processo foi extinto (fls. 52/53). Apresentadas a contestação (fls. 35/43) e a réplica (fls. 45/48), inquiridas

2 (duas) testemunhas (fls. 86/88) e ofertadas as razões finais (fls. 99/103 e 105/112), o Juiz Carlos Roberto da Silva prolatou a sentença. Pelos fundamentos a seguir reproduzidos, os quais revelam a natureza do litígio, julgou **parcialmente procedente a pretensão formulada e condenou o réu a compensar o dano moral suportado pela autora (R\$ 10.900,00) e a pagar os honorários advocatícios (15% sobre o valor da condenação):**

Â“Esclarece-se que se tem como incontroverso o fato de que, em um primeiro momento, a autora recebeu um resultado positivo para HIV, superado por resultados negativos sobrevividos de exames posteriores.

Colhe-se dos autos que, em 03/06/2005, a autora recebeu o resultado positivo de um exame de HIV realizado no Laboratório Municipal de Itajaí (fl.20).

Na sequência cronológica dos fatos, em 31/05/2011, a autora realizou exames de *Contagem de Linfócitos T CD4+/CD8+* (fl. 16) e de *Quantificação de Carga Viral de HIV-1* (fl. 18), destinados ao controle da evolução da doença.

Portanto, não há dúvida de que a autora foi diagnosticada como soropositivo para HIV e submetida a acompanhamento médico especializado. É o que se colhe do prontuário médico acostados às fls. 24/27, bem como do atestado de fl. 23, que evidencia que a autora se submeteu ao acompanhamento médico para as doenças com CID E.11 (*Diabetes mellitus não-insulino-dependente – com coma*), e CID B24 (*Doença pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV) não especificada*).

Do exame positivo acostado à fl. 20, infere-se a seguinte advertência:

'O diagnóstico sorológico da infecção pelo HIV somente poderá ser confirmado após análise de no mínimo 02 (duas) amostras de sangue coletadas em momentos diferentes; segundo Portaria Nr. 488 de 17/06/98 do Ministério da Saúde.'

A Portaria nº 488/98, do Ministério da Saúde, por sua vez, estabelece que:

'A Secretária de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, no uso de suas atribuições, e 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;

a necessidade de padronizar, nos serviços de saúde, o conjunto de procedimentos sequenciados, com vistas a maximizar o grau de confiabilidade dos resultados desses testes;

a necessidade de orientar e sistematizar ações de controle sanitário, nesse campo, resolve:

(...)

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.

Art. 5º Incumbe ao laboratório que emitiu o primeiro laudo, realizar a análise da segunda amostra para o teste confirmatório.

Parágrafo único. No caso de recusa, por parte da pessoa a que se refere o primeiro laudo, em permitir a coleta da segunda amostra, deverá ela firmar Termo de Responsabilidade indicando os motivos da recusa.' (grifei)

Da norma em apreço, **depreende-se a necessidade da confirmação do diagnóstico sorológico da infecção pelo HIV após a análise de, no mínimo, duas amostras de sangue coletadas em momentos diferentes. [o destaque não consta do original]**

E mais, o artigo 5º atribui o ônus da realização da segunda amostra, para o teste confirmatório, ao laboratório que emitiu o primeiro. Ainda sobre o laboratório recai a obrigação de, no caso de recusa por parte da pessoa a que se refere o primeiro laudo em permitir a coleta da segunda amostra, exigir a aposição de sua ciência no respectivo Termo de Responsabilidade, no qual serão declinados os motivos da recusa.

Portanto, **o réu, no momento da entrega do resultado do exame, foi negligente ao não advertir pessoalmente a autora da necessidade da confirmação do diagnóstico positivo mediante a análise de no mínimo duas amostras de sangue coletadas em momentos diferentes, procedendo à respectiva coleta ou elaborando o Termo de Responsabilidade, exigido pelo artigo 5º, parágrafo único, da Portaria nº 488/98, onde deveriam ser colhidos os motivos da recusa e o ciente da autora.**

Em que pese a advertência grafada no exame de fl. 20, quanto à confirmação do diagnóstico pela análise de no mínimo duas amostras de sangue, o réu não pode se ver desobrigado da exortação pessoal da autora, até porque precisaria, no caso de recusa, como já dito, proceder à elaboração do Termo de Responsabilidade, tomando o seu ciente. [o destaque não consta do original]

A testemunha Jahiel Moacyr de Souza Tavares, responsável pela análise do exame positivo para HIV de fl. 20, informa no depoimento de fls. 87/88 que:

'(...) o exame realizado foi feito na forma de procedimento padrão do Ministério da Saúde, tendo sido feito a primeira coleta e dela resultaram três exames positivos e na segunda coleta foram feitos mais dois exames que resultaram positivo, confirmando a primeira coleta.'

Contudo, **não há nos autos provas confirmando a realização da segunda coleta, razão pela qual se infere que o réu não se desincumbiu do ônus da prova que lhe competia, nos termos do artigo 333, inciso II, Código de Processo Civil. [o destaque não consta do original]**

Destaque-se, por oportuno, que os documentos acostados pelo réu às

fls. 89/94 em nada contribuem para a elucidação dos fatos, bem como se mostram inábeis a comprovar a realização da contraprova prevista na Portaria nº 488/98, do Ministério da Saúde.

Outro detalhe que atrai a atenção à negligência do réu é o fato da autora, em 31/05/2005, ter se submetido à realização dos exames de *Contagem de Linfócitos T CD4+/CD8+* (fl. 16) e de *Quantificação de Carga Viral de HIV-1* (fl. 18). Gize-se que referidos exames não são realizados para o diagnóstico da doença, mas sim ao controle do estágio da moléstia.

Portanto, mesmo sem ter a certeza do diagnóstico positivo e inobservando o procedimento da Portaria nº 488/98 do Ministério da Saúde, o réu diagnosticou equivocadamente a autora e a sujeitou ao controle da doença, que nunca possuiu, bem como ao acompanhamento especializado junto CTA, por um período aproximado de um ano.

Nesses termos, da análise atenta dos fatos e documentos carreados aos autos, observa-se que a negligência praticada pelo Laboratório Municipal de Itajaí, no momento da análise e entrega do resultado do exame de HIV, sujeitou a autora a viver com o estigma da doença, o que, sem dúvida, provocou-lhe angústia e desgosto causador de abalo moral.

Inegável, portanto, o dever de indenizar.

Para que se possa estabelecer os elementos necessários para a caracterização de obrigação reparatória, faz-se necessário, inicialmente, definir o sistema de responsabilidade civil que regula o presente caso.

É cediço que o ordenamento jurídico pátrio albergou a responsabilização objetiva da Administração Pública, lastreada na teoria do risco administrativo, como denota, à evidência, o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, *in verbis*:

[...]

Verifica-se, a partir do dispositivo constitucional mencionado acima, que a responsabilidade pela conduta comissiva da Administração Pública é objetiva, enquanto a de seus agentes é subjetiva.

O vértice de maior discussão na doutrina e jurisprudência ocorre em relação aos danos causados por conta de uma omissão do Poder Público, hipótese em que tem prevalecido o posicionamento pela teoria subjetiva fundada na culpa.

[...]

Portanto, não há que se falar em necessidade de comprovação de dolo ou culpa, sendo o bastante para a condenação da Fazenda Pública que o prejudicado demonstre a existência do nexo causal entre o evento gerador e o dano, competindo, ao ente público, comprovar a ocorrência de uma das causas excludentes da responsabilidade, como o caso fortuito, força maior ou a culpa exclusiva da vítima.

In casu, o conjunto probatório dá conta do nexo de causalidade entre o fato e o dano, suficiente, por si só, à caracterização do dever de indenizar da Administração. Está fartamente comprovado o nexo causal entre a atitude dos

servidores do réu e o dano sofrido pela autora, em decorrência da divulgação de resultado com diagnóstico equivocado e da inobservância dos procedimentos previstos na Portaria nº 488/98 do Ministério da Saúde.

Ademais não há nos autos qualquer causa excludente capaz de afastar a responsabilidade do réu, uma vez que exsurge com indisfarçável transparência o equívoco do Município, na medida em que, posteriormente, apurou-se o resultado negativo para HIV.

Assim, uma vez caracterizado o fato ofensivo à honra ou à imagem da pessoa, bem como o sentimento íntimo de pesar no lesado, surge o dever de indenizar os danos morais experimentados pela vítima.

O dano moral se faz presente sempre que houver, em decorrência de uma conduta, ferimento psíquico, citando-se, como exemplos, a agressão à imagem, ao bom nome, à tradição, à personalidade. Do dano deve necessariamente resultar um sentimento interno de pesar, humilhação, angústia, dor, pânico, medo, que se caracteriza, pois, pela ofensa à honra ou à reputação social do indivíduo.

A reparação devida nesses casos não tem o condão de recuperar ou apagar o mal causado, que, na maioria das vezes, produz feridas incuráveis, mas tão somente amenizar o sofrimento.

Então, pode-se dizer que, quando existe conduta reprovável que diminua moralmente uma pessoa, interna ou externamente, provocando danos como desvalorização, desequilíbrio psicológico, discriminação, etc., o atingido tem a faculdade de valer-se do pedido de danos morais.

No caso em exame, não há dúvida de que a autora sentiu aflição e terrível angústia em face do resultado de HIV positivo, elementos caracterizadores do dano moral.

[...]

Embora não passe despercebido por este Juízo o histórico pretérito de depressão apresentado pela autora, conforme anotação lançada no prontuário médico em de 21/07/2004 (fl. 24-verso), há que se destacar que após a ciência do resultado positivo para HIV a autora passou a apresentar 'ideação suicida' (fl. 26), bem como 'sintomas psicóticos' (fl. 27-verso). Ou seja, inegavelmente houve agravamento de seu estado clínico.

Corroborando a conclusão supra, observa-se que a testemunha Elite Werner Cabral, à fl. 86, relata que a autora 'ficava chorando e bastante depressiva'.

Por outro lado, embora a autora refira em sua peça póstica a ocorrência de discriminação e pressão psicológica no ambiente de trabalho, que teriam obrigado a encerrar suas atividades no setor em que trabalhava, infere-se dos autos realidade diversa, uma vez que o documento de fl. 26-verso, datado de 28/07/2005, revela a intenção de a autora ser realocada de ambiente de trabalho, em razão de não se sentir bem trabalhando na cozinha. Aliás, o atestado médico requerido naquela ocasião certamente subsidiaria a elaboração do parecer da junta médica do ente municipal, à fl. 68.

Por outro lado, o depoimento da testemunha Elite Werner Cabral, à fl. 86, informa não ter presenciado 'nenhuma discriminação pública na escola contra a requerente'.

Daí decorre, portanto, que a autora não logrou êxito em comprovar o ônus da prova que lhe competia quanto ao fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, no tocante aos danos morais vivenciados no ambiente de trabalho, decorrentes da discriminação e pressão psicológica. [o destaque não consta do original]

Vencida a discussão acerca da responsabilização, passo a apreciar o *quantum* condenatório.

A autora requereu a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais nos termos da inicial ou em valor a ser arbitrado neste Juízo.

[...]

Quanto ao pedido de dano material, objetivando a indenização dos tratamentos médicos e psiquiátricos futuros, este não merece prosperar, pois a autora não trouxe aos autos nenhuma prova que demonstrasse a necessidade da realização de referidos tratamentos, condição essencial para o seu deferimento.

Isto posto, por não lograr êxito em comprovar as despesas que pretendem ver ressarcidas, é de se declarar improcedente o pedido formulado a título de dano material. [o destaque não consta do original]

[...]

Por todo o exposto, em razão da negligência praticada pelo Laboratório Municipal de Itajaí quando da análise e entrega do resultado do exame de HIV, reconheço o dano moral a que esteve sujeita a autora, razão pela qual condeno o município réu a indenizá-la. Deixo, contudo, de dar procedência ao pedido de indenização por dano material, na medida em que não restaram comprovadas nos autos as despesas que a autora pretende ver ressarcidas” (fls. 121/138).

As partes não se conformaram com o veredicto; interpuseram apelações, nos termos que seguem:

- **Autora:** **a)** “o entendimento de que não há provas a estibar o pedido de indenização a título de tratamento de recuperação psíquica da Autora é absolutamente contraditória às próprias razões expostas na sentença [...]. O Magistrado a quo nega o pedido de danos materiais e/ou tratamento de recuperação da saúde da Apelada por simples 'ausência de provas', porém no tópico dos danos morais é convencido quanto à existência e prova robusta do 'agravamento da doença' da autora”; **b)** “as provas robustas e o dever de reparar o estado de saúde da Autora pelos tratamentos médicos adequados são evidentes; o equívoco do magistrado a quo cabe ser reformado, para que assim seja o Apelado condenado ao pagamento de danos materiais para futuros tratamentos até a reestruturação da

saúde da Autora. Caso não seja acolhido o debate acima, cabe salientar que há pedido de PERÍCIA MÉDICA da Autora formulado no item 19 da inicial, situação jurídica nem sequer apreciada pelo magistrado, não permitindo recurso intermediário (agravo de instrumento) o que leva nesta oportunidade, a configuração de CERCEAMENTO DE DEFESA, visto que a brevíssima sustentação de ausência de provas proferida da sentença é insubsistente”; **c)** “por tudo que nos autos constam, importa este Egrégio Tribunal fazer valer do rigor da lei e da justiça, reformando mais uma sentença a quo, majorando a indenização por danos morais ao patamar de (R\$ 100.000,00) [...]. Importa lembrar que os Tribunais em média arbitram o valor de (R\$ 35.000,00) para casos de simples restrições de crédito, e no presente caso, que trata de doença seriamente agravada, o valor de R\$ 100.000,00 é proporcional ao dano em questão e à punição adequada que não trará qualquer prejuízo ao condenado Município”; **d)** “cabe ainda serem reformados os termos da correção e juros de mora (1% a.m.) do arbitramento a título de danos morais, sendo inarredável a aplicação da Súmula 54 do STJ, pois trata-se de responsabilidade extracontratual.” (fls. 141/147).

- **Réu: a)** “não existe qualquer erro que possa ser apontado contra os procedimentos realizados pelo Laboratório Municipal, nem tampouco atos omissivos ou comissivos de seus agentes que possam ter levado ao resultado reagente do exame de HIV. Cabe inicialmente esclarecer que o principal método utilizado para a realização dos exames de HIV é o chamada 'ELISA', o qual consiste na verificação da presença de anticorpos no organismo destinados a combater a infecção pelo vírus da AIDS. Desta forma, se existem anticorpos destinados a combater a AIDS em um organismo, muito provavelmente este estará infectado pelo vírus HIV, haja vista que o organismo somente cria anticorpos contra as infecções nele existentes. Assim, no procedimento de realização dos exames de HIV aplica-se o método 'ELISA' sobre a amostra e sangue coletada, onde o resultado será chamado de 'ELISA 1'. Caso a 'Elisa 1' seja confirmado como reagente para anticorpos de HIV é necessária a realização do exame novamente, chamado 'Elisa 2'. Destaca-se que o 'ELISA' é considerado um procedimento rápido e de alta sensibilidade, motivo pelo qual pode apresentar falso-positivo e falso-negativo, sendo recomendado, após a constatação de reagente para os exames ELISA 1 e ELISA 2, a aplicação do exame de IMUNOFLUORESCÊNCIA INDIRETA. Este último poderá confirmar os resultados reagentes anteriormente encontrados no ELISA 1 e 2 com maior segurança. No caso dos autos, verifica-se que a primeira amostra de sangue coletada para a realização do exame de HIV, constante do exame anexado à fl. 20 dos autos, restou REAGENTE para Elisa 1 e 2, bem como para IMUNOFLUORESCÊNCIA INDIRETA. Diante disto, o Laboratório Municipal, absolutamente comprometido com a análise do caso, e buscando eliminar as possibilidades de um eventual equívoco, determinou uma segunda coleta de sangue da Apelada, realizando um segundo procedimento acima mencionado, restando igualmente reagente. Dessa forma, não há como imputar qualquer erro ao Laboratório Municipal, uma vez que foram realizados corretamente os procedimentos destinados a verificar a presença de anticorpos de HIV no organismo da Apelada. É fato que o Laboratório Municipal utilizou corretamente os

procedimentos, tendo os exames apresentados 5 (cinco) resultados reagentes em duas amostras de sangue coletadas em oportunidades distintas, não sendo possível imputar qualquer falha por ação ou omissão de qualquer dos agentes envolvidos na realização dos exames [...]. Diante das características deste tipo de atividade, o laboratório assumiu uma obrigação de meio e não de fim, não podendo ser-lhe cobrado um resultado efetivo, haja vista a possibilidade de erros decorrentes do próprio método de análise”; **b)** *“o simples fato de existir um exame positivo e outro negativo não demonstra qualquer erro por parte do laboratório, podendo tal fato estar associado à margem de erro previsível para esse tipo de exame, cabendo a Apelada demonstrar a ocorrência efetiva de erros ou falhas no procedimento, da mesma forma como é feito nos casos de erro médico*”; **c)** *“inexistente a prática de qualquer ato ilícito por parte dos agentes do Laboratório Municipal, bem como inexistente a demonstração de nexo causal entre o dano e a conduta do agente torna-se impossível a pretensão de qualquer indenização a título de danos morais ou pagamento de futuros tratamentos médicos e psiquiátricos*”; **d)** *“Para fundamentar a sentença o togado monocrático asseverou que o Laboratório Municipal não observou o procedimento previsto na Portaria 488/98 do Ministério da Saúde. Entretanto, restou amplamente comprovado pelo depoimento do Senhor Moacir de Souza Tavares, e igualmente pelos registros do livro de controle (fls. 89/94), que o Laboratório Municipal realizou duas coletas de sangue, em momentos diferentes, dando pleno cumprimento à Portaria n. 488/98 do Ministério da Saúde. Assim, a simples alegação da ocorrência de erro laboratorial não é capaz de comprová-lo, não tendo a Apelada logrado provar que o Laboratório Municipal falhou na realização dos exames, seja por ação ou omissão em algum dos procedimentos adotados, fato que absolutamente não ocorreu*”; **e)** *“caso não haja a reforma da sentença, o que se admite somente a título de argumentação, requer seja retificado o decisum proferido pelo juízo a quo, respeitando-se o contido no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009, ou seja, aplicando-se uma única vez os índices oficiais de remuneração básica e juros da caderneta de poupança*” (fls. 159/170).

Apenas o recurso do réu foi respondido (fls. 174/178).

VOTO

01. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis *“pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”* (CR, art. 37, § 6º; CC, art. 43). A responsabilidade é objetiva – ainda que omissivo o ato (AgRgAl n. 766.051, Min. Gilmar Mendes; AgRgRE n. 607.771, Min. Eros Grau; AgRgRE n. 594.902, Min. Cármen Lúcia; AgRgRE n. 697.396, Min. Dias Toffoli) –, circunstância que não desonera o autor do ônus de demonstrar o *“nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima,*

subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o quantum da indenização" (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, Malheiros, 2007, 33ª ed., p. 660; REsp n. 38.666, Min. Garcia Vieira).

Seja objetiva ou subjetiva, o certo é que a responsabilidade do Estado **"não vai ao extremo de lhe ser atribuído o dever de reparação de prejuízos em razão de tudo que acontece no meio social"** (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, Lumen Juris, 2007, 19ª ed., p. 504).

Nessa esteira, na ementa do acórdão relativo ao Recurso Extraordinário n. 109.615-2, consignou o Ministro Celso de Mello:

"Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o eventus damni e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417).

O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior- ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50)".

02. Sustenta o réu/apelante que: **a)** *“não existe qualquer erro que possa ser apontado contra os procedimentos realizados pelo Laboratório Municipal, nem tampouco atos omissivos ou comissivos de seus agentes que possam ter levado ao resultado reagente do exame de HIV. Cabe inicialmente esclarecer que o principal método utilizado para a realização dos exames de HIV é o chamada 'ELISA', o qual consiste na verificação da presença de anticorpos no organismo destinados a combater a infecção pelo vírus da AIDS. Desta forma, se existem anticorpos destinados a combater a AIDS em um organismo, muito provavelmente este estará infectado pelo vírus HIV, haja vista que o organismo somente cria anticorpos contra as infecções nele existentes”*; **b)** *“restou amplamente comprovado pelo depoimento do Senhor Jahiel Moacir de Souza Tavares, e igualmente pelos registros do livro de controle (fls. 89/94), que o Laboratório Municipal realizou duas coletas de sangue, em momentos diferentes, dando pleno cumprimento à Portaria n. 488/98 do Ministério da Saúde”*.

A respeito da *quaestio*, na sentença inscreveu o Juiz Carlos Roberto da Silva:

“Colhe-se dos autos que, em 03/06/2005, a autora recebeu o resultado

positivo de um exame de HIV realizado no Laboratório Municipal de Itajaí (fl.20).

Na sequência cronológica dos fatos, em 31/05/2011, a autora realizou exames de *Contagem de Linfócitos T CD4+/CD8+* (fl. 16) e de *Quantificação de Carga Viral de HIV-1* (fl. 18), destinados ao controle da evolução da doença.

Portanto, não há dúvida de que a autora foi diagnosticada como soropositivo para HIV e submetida a acompanhamento médico especializado. É o que se colhe do prontuário médico acostados às fls. 24/27, bem como do atestado de fl. 23, que evidencia que a autora se submeteu ao acompanhamento médico para as doenças com CID E.11 (*Diabetes mellitus não-insulino-dependente – com coma*), e CID B24 (*Doença pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV) não especificada*).

Do exame positivo acostado à fl. 20, infere-se a seguinte advertência:

'O diagnóstico sorológico da infecção pelo HIV somente poderá ser confirmado após análise de no mínimo 02 (duas) amostras de sangue coletadas em momentos diferentes; segundo Portaria Nr. 488 de 17/06/98 do Ministério da Saúde.'

A Portaria nº 488/98, do Ministério da Saúde, por sua vez, estabelece que:

'A Secretária de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, no uso de suas atribuições, e 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;

a necessidade de padronizar, nos serviços de saúde, o conjunto de procedimentos sequenciados, com vistas a maximizar o grau de confiabilidade dos resultados desses testes;

a necessidade de orientar e sistematizar ações de controle sanitário, nesse campo, resolve:

(...)

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.

Art. 5º Incumbe ao laboratório que emitiu o primeiro laudo, realizar a análise da segunda amostra para o teste confirmatório.

Parágrafo único. No caso de recusa, por parte da pessoa a que se refere o primeiro laudo, em permitir a coleta da segunda amostra, deverá ela firmar Termo de Responsabilidade indicando os motivos da recusa.' (grifei)

Da norma em apreço, **depreende-se a necessidade da confirmação do diagnóstico sorológico da infecção pelo HIV após a análise de, no**

mínimo, duas amostras de sangue coletadas em momentos diferentes
(destaque não consta do original).

E mais, o artigo 5º atribui o ônus da realização da segunda amostra, para o teste confirmatório, ao laboratório que emitiu o primeiro. Ainda sobre o laboratório recai a obrigação de, no caso de recusa por parte da pessoa a que se refere o primeiro laudo em permitir a coleta da segunda amostra, exigir a aposição de sua ciência no respectivo Termo de Responsabilidade, no qual serão declinados os motivos da recusa.

Portanto, o réu, no momento da entrega do resultado do exame, foi negligente ao não advertir pessoalmente a autora da necessidade da confirmação do diagnóstico positivo mediante a análise de no mínimo duas amostras de sangue coletadas em momentos diferentes, procedendo à respectiva coleta ou elaborando o Termo de Responsabilidade, exigido pelo artigo 5º, parágrafo único, da Portaria nº 488/98, onde deveriam ser colhidos os motivos da recusa e o ciente da autora.

Concordo com Sua Excelência. A responsabilidade do réu decorre do fato de seus agentes não terem coletado a segunda amostra em momento diverso do primeiro, conforme determina a Portaria n. 488/1998, do Ministério da Saúde.

03. *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que **exclusivamente moral**, comete ato ilícito" (CC, arts. 186 e 927).*

Dano moral "é o prejuízo resultante de ofensa à integridade psíquica ou à personalidade moral, com possível ou efetivo prejuízo do patrimônio moral" (Cunha Gonçalves, *Tratado de direito civil*, Max Limonad, 1ª ed., 1957, tomo II, vol. XII, p. 540); pode resultar de "ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada um, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida e à integridade corporal" (Wilson Melo da Silva, *O dano moral e sua reparação*, Forense, 1983, 3ª ed., p. 144).

Para Carlos Alberto Bittar, os danos morais "se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado. Assim há dano moral quando a vítima suporta, por exemplo, a desonra e a dor provocadas por atitudes injuriosas de terceiro, configurando lesões nas esferas interna e valorativa do ser como entidade individualizada. De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social). Derivam, portanto, de práticas atentatórias à personalidade humana" (*Reparação Civil por Danos Morais*, Revista dos Tribunais, 1993, 2ª ed., 1993, p. 31).

Conforme assentado pelo Desembargador Itamar Gaino, do Tribunal de Justiça de São Paulo, "há danos morais que se presumem, de modo que ao autor

basta a alegação, ficando a cargo da outra parte a produção de prova em contrário; há, porém, outros que devem ser provados, não bastando a mera alegação”. Na primeira hipótese, tem-se o denominado *damnum in re ipsa*.

Nessa linha, na ementa do acórdão relativo à Apelação Cível n. 2009.052918-1, consignei:

“O autor não necessita demonstrar os elementos identificadores do dano moral, se presumível; basta que prove o fato gerador do dano e a sua ilicitude. Todavia, quando não for presumível, cumpre-lhe não só comprovar o ato ilícito mas também os componentes do dano moral – que consiste 'na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico' (Yussef Said Cahali) – e os fatores que concorrem para determinar o valor da indenização.

É presumível o dano moral daquele que se submeteu a exame de análise clínica e foi informado ser portador de incurável doença. Se anos depois o resultado do exame se revelou equivocado, cumpre ao responsável pelo erro o dever de compensar o seu sofrimento, a sua angústia, o abalo psicológico”.

Transcrevo ementas de outros acórdãos reconhecendo a ocorrência de dano moral em casos como o *sub judice*:

“Sob a regência da teoria da responsabilidade objetiva, o Estado deve ser compelido a indenizar a vítima de equivocado diagnóstico de exame de HIV, repetido em três diferentes oportunidades e somente superado depois de sete meses por exames realizados em laboratórios particulares” (AC n. 2008.045144-5, Des. Newton Janke).

“Responsabilidade civil. dano moral. mulher grávida. diagnóstico de H.I.V. exame falso-positivo. início de tratamento para aids, por equipe médica de hospital da rede estadual, sem submeter a paciente ao procedimento confirmatório previsto na portaria 488/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde” (AC n. 2007.028887-0, Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva).

“1 Conforme previsto pelo art. 37, § 6º, da Carta Magna, a responsabilidade do Município é objetiva, dela exonerando-se apenas se comprovar que o evento lesivo foi provocado pela própria vítima, por terceiro, caso fortuito ou força maior.

2 Diferentemente do que acontece nas situações de falso-positivo, em que o resultado equivocado do exame anti-HIV é admitido ante a diversos fatores biológicos, no caso de erro no sistema de registro de informações do

laboratório subsiste o nexo causal entre a ação estatal e o abalo moral suportado pela demandante, de modo que é notória a responsabilidade civil do ente público no evento lesivo” (AC n. 2012.092253-8, Des. Luiz César Medeiros).

04. A lei não fixa critérios objetivos para a quantificação do dano moral.

De acordo com Carlos Alberto Bittar, *“diante da esquematização atual da teoria em debate, são conferidos amplos poderes ao juiz para a definição da forma e da extensão da reparação cabível, em consonância, aliás, com a própria natureza das funções que exerce no processo civil (CPC, arts. 125 e 126). Com efeito, como julgador e dirigente do processo, pode o magistrado ter conhecimento direto das partes, dos fatos e das respectivas circunstâncias, habilitando-se, assim, à luz do direito aplicável, a definir de modo mais adequado, a reparação devida no caso concreto*” (Reparação civil por danos morais, Revista dos Tribunais, 1999, 3ª ed., p. 218). Sustenta ele, ainda, que *“a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante*” (p. 233).

Humberto Theodoro Júnior, depois de assinalar que ao magistrado resta *“a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários*”, acrescenta que *“o problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível socioeconômico dos litigantes e da menor ou maior gravidade da lesão*” (Alguns aspectos da nova ordem constitucional sobre o direito civil, RT 662/7-17).

No mesmo sentido são as lições de Wilson Melo da Silva (O dano moral e sua reparação, Forense, 1983, 3ª ed., p. 144) e Antônio Lindbergh C. Monteiro (Ressarcimento de danos, Âmbito Cultural, 1984, p. 134/135).

Deles não discrepa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Para se estipular o valor do dano moral devem ser consideradas as condições pessoais dos envolvidos, evitando-se que sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado” (REsp n. 169.867, Min. Cesar Asfor Rocha).

“A indenização por dano moral não é preço matemático, mas compensação parcial, aproximativa, pela dor injustamente provocada. In casu, é mecanismo que visa a minorar o sofrimento da vítima. Objetiva também

dissuadir condutas assemelhadas dos responsáveis diretos, ou de terceiros em condição de praticá-las futuramente” (REsp n. 631.650, Min. Herman Benjamin).

“Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição socioeconômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima.

Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis” (REsp n. 355.392, Min. Castro Meira).

“Os danos morais indenizáveis devem assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de sopesar a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrável à luz da proporcionalidade da ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade” (REsp n. 1.124.471, Min. Luiz Fux).

No voto inserto no Recurso Extraordinário n. 447.584, anotou o Ministro Cezar Peluso que *“o valor da indenização há de ser eficaz, vale dizer, deve, perante as circunstâncias históricas, entre as quais avulta a capacidade econômica de cada responsável, guardar uma força desencorajada de nova violação ou violações, sendo como tal perceptível ao ofensor, e, ao mesmo tempo, de significar, para a vítima, segundo sua sensibilidade e condição sociopolítica, uma forma heterogênea de satisfação psicológica da lesão sofrida. Os bens ideais da personalidade, como a honra, a imagem, a intimidade da vida privada, não suportam critério objetivo, com pretensões de validade universal, de mensuração do dano à pessoa*”.

Em relação ao caso em exame, devem ser considerados:

a) o profundo e grave abalo psicológico sofrido pela demandante com a informação de que era portadora de H.I.V.;

b) a *“rejeição*” social que sofrem os portadores dessa enfermidade;

c) o tempo transcorrido entre a data em que a autora foi informada de que era portadora de H.I.V. e a data em que veio a ser comunicada do erro no resultado do exame: aproximadamente 15 (quinze) meses.

No Superior Tribunal de Justiça há expressiva discrepância nos valores arbitrados para compensação do dano moral: R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), no REsp n. 1.071.969, Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 02.02.2010; R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no AgRgAREsp n. 191.355, Min. Ari Pargendler, julgado em 13.11.2012; R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), no REsp n. 1.341.823, Min. Castro Meira, julgado em 17.09.2013.

Parece-me razoável, *in casu*, que o *quantum* da compensação do dano

moral seja majorado para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), quantia que deverá ser atualizada, conforme a Lei n.11.960, de 2009, a partir desta data.

05. Na petição inicial requereu a autora fosse *“determinado por este MM. Juízo, a realização de **PERÍCIA MÉDICA** na pessoa da autora, para que seja constatado o grau da lesão, bem como seja devidamente **diagnosticada**, por perito nomeado pro V. EXA., sendo assim programada o tratamento necessário para sua recuperação psíquica”* (fl. 07). O pleito foi renovado no capítulo *“DO REQUERIMENTO”* (fl. 11).

Na sentença, disse o Juiz Carlos Roberto da Silva:

“Quanto ao pedido de dano material, objetivando a indenização dos tratamentos médicos e psiquiátricos futuros, este não merece prosperar, pois a autora não trouxe aos autos nenhuma prova que demonstrasse a necessidade da realização de referidos tratamentos, condição essencial para o seu deferimento.

Isto posto, por não lograr êxito em comprovar as despesas que pretendem ver ressarcidas, é de se declarar improcedente o pedido formulado a título de dano material” (fl. 136).

Nas *“razões finais”* (fls. 99/103), a autora não requereu a produção de prova pericial; produção de prova de que persiste o abalo psicológico e, conseqüentemente, de que é necessário submeter-se a tratamento psiquiátrico.

Penso que essa prova é dispensável. O perito que vier a atender a autora deverá informar se o tratamento é ou não necessário. Se houver dúvidas, questionamentos, só então deverá o Juiz designar perito para solucionar o litígio.

06. À vista do exposto, dou provimento ao recurso da autora: **a)** para arbitrar em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a compensação pelo dano moral; **b)** condenar o réu a custear, doravante, o tratamento médico (psiquiátrico/ psicológico); **c)** fixar a data em que a autora foi cientificada do resultado do *“Exame de contagem de Linfócitos”* reagente como termo inicial dos juros de mora (**31.05.2005**). Quanto ao recurso do réu, dou-lhe provimento parcial apenas para adequar os encargos da mora à Lei n. 11.960, de 2009. Mantenho os honorários arbitrados na sentença.