

Ministra da Saúde

C/ c:

Presidente do Conselho de Administração
do Hospital de Santo António.

Número : 75/ A/98 e 11/ B/98

Processos: R-860/94; R-5694/96; R-1673/98

Data:27.11.1998

Área: A3

Assunto:SAÚDE PÚBLICA - VIH (VÍRUS DA IMUNODEFICIÊNCIA HUMANA) - CONTÁGIO -
TRANSFUSÕES DE SANGUE - ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE- RESPONSABILIDADE CIVIL
EXTRACONTRATUAL DO ESTADO - ACTIVIDADE EXCEPCIONALMENTE PERIGOSA - LEGES
ARTIS - COMPENSAÇÃO - PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Sequência: Sem resposta

1. Foi-me apresentada, por duas cidadãs nacionais, a situação dramática em que se encontram presentemente, quer em termos de saúde, quer em termos sociais, em virtude de terem sido vítimas de contágio pelo vírus da imunodeficiência humana em estabelecimentos de saúde.

2. O primeiro caso concreto de que me foi dado conhecimento dizia respeito a uma senhora idosa que, tendo tido necessidade de ser submetida a uma intervenção cirúrgica, em 1994, recebeu uma transfusão de sangue com uma unidade de concentrado eritrocitário proveniente do Hospital Condes de Castro Guimarães, em Cascais, correspondente a um dador que se veio a verificar, mais tarde, ser seropositivo para o VIH 1. Após inúmeras diligências instrutórias levadas a cabo por esta Provedoria, veio a concluir-se que não houve violação das normas legais, regulamentares e técnicas em vigor em matéria de colheita de sangue, bem como que não se registou qualquer conduta culposa dos profissionais de saúde envolvidos no processo de recolha de sangue, pelo que não é possível assacar à Administração responsabilidade civil extra- contratual por facto ilícito, por não se encontrarem reunidos os respectivos pressupostos, nomeadamente os da ilicitude e da culpa.

Com efeito, foram observados por aquele Hospital todos os cuidados exigidos na recolha de sangue ao dador em causa e na respectiva análise, no que concerne à prevenção do VIH 1 e 2, em conformidade, aliás, com o disposto no Despacho Ministerial n.º 19/91, de 14 de Agosto, publicado na IIª Série do Diário da República, de 12 de Setembro. Tudo leva a crer que o dador se encontrava no designado "período de janela serológica", período que medeia entre a infecção do VIH e a respectiva detecção.

3. A segunda situação que me foi apresentada diz respeito à Senhora .. que sofreu um acidente de viação em 1987, na sequência do qual foi conduzida ao Hospital de Santo António, no Porto, tendo sido transfundida em 15.10.87 com uma unidade de plasma, colhida em 9 de Abril do mesmo ano, de determinado dador, cujo teste para o VIH 1 se revelou negativo. Quando a mesma senhora, em 1996, realizou análises de rotina, veio, então, a ter conhecimento de que era portadora do vírus do VIH 2. Apurados os factos, confirmados por inspecção realizada no próprio Hospital de Santo António por uma equipa desta Provedoria, concluiu-se que a seropositividade para o VIH 2 daquele dador só foi conhecida em 28.10.87, tendo este teste correspondido a uma das primeiras análises efectuadas naquele Hospital, a título experimental, para detecção do VIH 2. Assim, a transfusão da unidade de plasma em causa, em 15.10.87, foi efectuada imediatamente antes de ter sido possível realizar o diagnóstico para o VIH 2 àquele dador.

Nada, porém, ficou provado que permitisse qualificar a transfusão em causa como desconforme às leis artis, nem ao estado dos conhecimentos e experiência da medicina. Com efeito, os meios de rastreio do VIH 2 só em finais de 1987 começaram a ser utilizados em estabelecimentos públicos de saúde nacionais e, de modo algum, se generalizou nesse mesmo ano a sua prática para despistagem de dádivas de sangue. Acresce que, apenas em 1989, através do despacho n.º 31/89, de 6.08.89, publicado na IIª Série do Diário da República de 26.08.89, foi determinado pela Senhora Ministra da Saúde que todo o sangue colhido para fins terapêuticos fosse submetido a testes de despistagem daquele vírus.

Daqui decorre que, também neste caso, não é possível imputar à Administração responsabilidade civil extra-

contratual por facto ilícito em relação ao dano causado à reclamante por, de igual modo, aqui não se acharem reunidos os pressupostos da ilicitude e culpa.

4. Convém ainda recordar os casos do Hospital D^a Maria Pia, em face dos quais determinei a abertura de um processo na Provedoria de Justiça. No âmbito do mesmo, apurou-se que o dador infectado efectuou dádivas regularmente, nas décadas de 70 e 80, em diversos hospitais do Porto, nomeadamente no Hospital de Santo António. O primeiro rastreio, feito a estes dador, com resultado positivo para o VIH 2 foi realizado, neste último Hospital, em 28.10.87. Trata-se, aliás, do mesmo dador que deu origem à situação anterior.

No Hospital D^a Maria Pia, foram identificadas, a partir dos elementos disponíveis no respectivo registo, 13 crianças a quem havia sido administrado sangue daquele dador, entre 1977 e 1984.

Após aturado inquérito, concluiu-se que, uma vez conhecida a origem da seropositividade das crianças, os médicos e os responsáveis hospitalares envolvidos tomaram todas as providências necessárias a garantir a informação e aconselhamento médico das mesmas, usando de diligência adequada.

Neste caso, importa ter em conta que, em 1984, ano a que se reportam as últimas transfusões de sangue que deram origem aos casos do Hospital D^a. Maria Pia, não havia ainda sido isolado o vírus do VIH 2, nem se conhecia a respectiva forma de transmissão endovenosa.

5. Afastada, pois, a responsabilidade civil por facto ilícito e culposo da Administração, entendo que a actividade de recolha de sangue e respectiva transfusão também não se pode enquadrar, actualmente, no âmbito da responsabilidade objectiva do Estado.

Com efeito, o princípio autónomo da responsabilidade objectiva do Estado resulta não apenas do artigo 8º do Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967 (responsabilidade pelo risco), mas também do artigo 9º do mesmo diploma (responsabilidade por facto lícito), delimitando-se aí os casos em que o Estado é obrigado a indemnizar os particulares pelos danos resultantes da sua actividade administrativa. Esta responsabilidade assume, no entender de Gomes Canotilho (O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos, Coimbra, 1974, pág. 94 e ss.), carácter geral e não meramente excepcional. No mesmo sentido se pronuncia Rui Medeiros (Ensaio sobre a responsabilidade do Estado por actos legislativos, Coimbra, 1992, pág. 308). Não irei debruçar-me nesta análise sobre o artigo 9º do citado diploma, porquanto o mesmo não tem aplicação nos casos em apreciação. Na verdade, a responsabilidade do Estado por facto lícito, ali prevista, decorre da reconhecida necessidade de imposição de encargos ou prejuízos especiais e anormais a particulares em ordem a prosseguir o interesse geral, o que não teve lugar manifestamente nestes casos. Na verdade, nos casos que nos ocupam não só eram imprevisíveis os danos que resultaram para as vítimas dos actos de transfusão, como também tais actos foram praticados, em primeira linha, no interesse dos próprios, sem prejuízo de não estar afastada a prossecução do interesse público, como adiante se refere.

Centrar-me-ei, pois, apenas na responsabilidade objectiva do Estado pelo risco, prevista no artigo 8º do mesmo diploma legal, a qual obtém o seu fundamento na especialidade e anormalidade dos prejuízos causados, quando emergentes do funcionamento de serviços excepcionalmente perigosos ou de coisas e actividades da mesma natureza.

Importa, assim, antes de mais, analisar se a actividade de colheita de sangue e conseqüente transfusão poderá ser considerada uma actividade excepcionalmente perigosa, uma vez que dúvidas não subsistem quanto à especialidade e anormalidade do dano nestas situações. Trata-se de dano especial, porquanto recai apenas sobre as vítimas de contágio e não sobre a generalidade dos administrados, e anormal na medida em que se apresenta como manifestamente desproporcionado, atingindo a integridade física e a vida dos lesados. Embora se possa considerar que esta actividade, enquanto desenvolvida em estabelecimentos ou serviços dependentes do Ministério da Saúde, é uma actividade destinada a prosseguir o interesse público, já que ela é essencial para a satisfação de necessidades básicas da comunidade que resultam do direito à protecção da saúde, direito este constitucionalmente consagrado, tal facto não é suficiente, só por si, para qualificar essa actividade como excepcionalmente perigosa.

Na verdade, importa proceder a uma redução teleológica do conceito de perigo excepcional, considerando que a excepcionalidade deste é mitigada à medida que deixa de haver convergência entre interesse público e interesse particular e que este se sobrepõe àquele.

Por outro lado, do conjunto das diligências instrutórias realizadas, apurou-se que, actualmente, os riscos de contaminação, em virtude do acto de transfusão, são ínfimos, já que as administrações hospitalares têm vindo a efectuar volumosos investimentos no controle da qualidade do sangue. A comunidade científica tem entendido que a despistagem sistemática de anticorpos VIH se tem revelado uma medida eficaz, não sendo

relevante a margem de risco existente.

Acresce que a jurisprudência portuguesa sobre esta matéria é ainda bastante escassa, só sendo, aliás, conhecida, até ao momento presente, uma sentença judicial que se debruçou sobre este assunto e diz respeito a uma das crianças contaminadas no Hospital D^a Maria Pia (Acção ordinária n.º 644/95, que correu termos no Tribunal Administrativo do Círculo do Porto). Aqui, foi acolhido o entendimento anteriormente perfilhado no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23.04.96 (Processo n.º 38049), a propósito de uma intervenção cirúrgica de otorrinolaringologia, para concluir que uma intervenção cirúrgica normal, assim como uma transfusão sanguínea, que se fazem todos os dias nos hospitais, não se podem considerar actividades excepcionalmente perigosas, não obstante "haja sempre um risco remoto, imprevisível, de qualquer complicação. Excepcionalmente perigosas são aquelas intervenções cirúrgicas que, para o estado da medicina ao tempo das mesmas, impliquem uma pequena expectativa de sucesso, sem contar com qualquer risco imprevisível".

Foi, assim, reconhecido que não é inerente à transfusão de sangue "uma alta probabilidade" de causar danos.

Não obstante o risco marginal resultante do chamado "período de janela", durante o qual o vírus, numa fase embrionária de presença no organismo humano, permanece insensível à maioria de reagentes, não pode falar-se em excepcional perigosidade. Não são maiores os riscos do que os que se verificam em muitas intervenções cirúrgicas.

Assim, a actividade de colheita e transfusão de sangue não pode ser considerada hoje como uma actividade perigosa e, nessa medida, geradora de responsabilidade pelo risco da Administração.

6. Todavia, cumpre introduzir aqui uma distinção relevante, sobre a qual não se debruçou aquela sentença, que respeita à apreciação da excepcional perigosidade do acto de transfusão à data da ocorrência dos factos. Como já referi, em 1984, apesar de o vírus do VIH 2 ainda não estar isolado, o mesmo era já susceptível de ser transmitido por via endovenosa e de causar doença.

A excepcionalidade do perigo, prevista no artigo 8º do Decreto-Lei n.º 48051, não pode ser senão reportada ao momento da prática do acto que veio a revelar-se lesivo. O que é determinante para a assunção da responsabilidade por parte do Estado é que o lesado tenha sido exposto a um perigo excepcional e daí tenham resultado danos. Assim, é claro que, ao aferir da exposição ao perigo, o julgador deve reportar o seu juízo ao momento do facto e não àquele em que julga.

No entanto, a responsabilidade pelo risco acaba por ser afastada, no caso do Hospital D. Maria Pia, por outra via - a de não verificação denexo causal, ponderado este à luz do conceito de causalidade adequada, hoje claramente acolhido no direito civil.

Como explica Mário Júlio de Almeida e Costa (Direito das Obrigações, Coimbra, 1984, p. 519), no juízo de adequação deve atender-se às circunstâncias cognoscíveis, por uma pessoa normal, à data da produção do facto, para além da realidade conhecida do agente. Ou seja, a causa adequada não é qualquer facto que, no caso, tenha sido condição sine qua non do dano, mas sim aquele que, em abstracto e de acordo com a experiência comum, seja adequado a produzi-lo.

No mesmo sentido se pronuncia Pessoa Jorge (Ensaio sobre a Responsabilidade Civil, Coimbra, 1995, p.392 e ss.), ao referir que "a adequação não abrange apenas a causa e o efeito isoladamente considerados, mas todo o processo causal. É necessário, por outras palavras, que o efeito tenha resultado do facto, considerado causa dele, pelo processo por que este é abstractamente adequado a produzi-lo". E mais adiante acrescenta: "...há pois um juízo sobre a previsibilidade dos danos, a partir de determinada conduta. Como se disse, este juízo tem de reportar-se ao momento do acto lesivo; verificado este, a experiência mostra que era previsível o efeito que se deu".

Ao recorrer à "experiência comum" e às "circunstâncias cognoscíveis por uma pessoa normal", esta teoria não prescinde das representações subjectivas que a "comunidade" dispunha, no momento da prática do facto, sobre a adequação da causa.

Ora, à data da recolha e transfusão do sangue no Hospital D. Maria Pia, não era ainda conhecido que a transfusão de sangue constituía meio idóneo para transmitir a doença. Assim, à luz dos conhecimentos científicos da época, o acto de transfusão não era adequado à produção de danos por contaminação pelo VIH 2.

O mesmo porém não sucedia em 1987. Na verdade, o Senhor... foi transfundido alguns dias antes de se

O mesmo, porém, não sucedia em 1987. Na verdade, a Sennora ... foi transfundida alguns dias antes de se terem iniciado, no Hospital de Santo António do Porto, os primeiros testes de rastreio do vírus do VIH 2, momento em já era conhecido o risco de transmissão do mesmo pelo sangue, bem como as consequências daí decorrentes. Daí que o acto de transfusão realizado a essa data já era causa adequada a produzir os danos emergentes da contaminação.

Nessa medida, considero estarem reunidos, apenas neste último caso, os pressupostos da responsabilidade pelo risco, não só pela especialidade e anormalidade do dano, mas também pela excepcionalidade do perigo.

7. Resulta do exposto que o exercício da actividade de transfusão de sangue poderá, em última análise, conduzir a situações que, independentemente de ilicitude e culpa e, mesmo não sendo enquadráveis no âmbito de uma actividade em si mesma perigosa, sejam susceptíveis de causar danos suficientemente graves e insustentáveis para as respectivas vítimas.

Com efeito, existe ainda actualmente um risco residual constituído pela transmissão potencial do VIH em consequência de transfusões de sangue ou de derivados sanguíneos provenientes de dadores infectados, mas ainda insensíveis ao respectivo anticorpo, segundo o marcador habitualmente usado para detectar os dadores seropositivos.

Por outro lado, há registo de vários casos de pessoas que foram contaminadas em estabelecimentos de saúde antes de se encontrarem disponíveis os meios técnicos de rastreio do VIH 1 e do VIH 2, cujo nexos de causalidade não deixa qualquer margem para dúvidas.

E tais cidadãos vítimas de contágio, quer sejam hemofílicos, quer outras pessoas a quem sejam efectuadas transfusões sanguíneas, relativamente aos quais não subsistam dúvidas quanto à origem da infecção pelo vírus do VIH, merecem ser objecto de especial atenção por parte da comunidade.

As consequências decorrentes de tal contágio levam a que estes cidadãos sejam alvo de danos irreparáveis, quer em termos de saúde, quer em termos sociais. A natureza irreversível e mortal da doença, que se traduz numa degradação progressiva das imunidades do doente relativamente a agentes externos, por um lado, e, por outro lado, o estigma associado a esta doença e a consequente exclusão e marginalização social a que aqueles são votados, impõem que o Estado não possa ficar inerte perante tais situações. Tais efeitos sociais, só por si, são muitas vezes mais penosos para as próprias vítimas do que o facto de as mesmas padecerem de uma doença incurável no actual estado da ciência médica.

Daqui resulta que, em nome do princípio constitucional da solidariedade, deveria ser instituído para todos os cidadãos, vítimas de contágio em estabelecimentos de saúde, um meio de atribuição de compensações semelhante ao facultado, pontualmente, a vítimas de catástrofes naturais (refira-se, como exemplo, o Despacho Normativo n.º 12/96/ MAI, de 8 de Março) ou aos servidores do Estado atingidos por actos de terrorismo (D.L. n.º 324/85, de 6 de Agosto, posteriormente completado pelo artigo 3º do Decreto-Lei n.º 215/87, de 29 de Maio), em cujo preâmbulo se invocam "razões de interesse público ou de ordem moral".

Na mesma linha, foi ainda estabelecido o regime previsto no Decreto-Lei n.º 423/91, de 30 de Outubro, alterado pela Lei n.º 10/96, de 23 de Março, destinado a concretizar o seguro social, ao qual se refere o disposto no artigo 129º do Código Penal.

Nestas situações, o fundamento da indemnização exclui, à partida, toda a ideia de falta ou culpa do Estado. De facto, ela encontra a sua razão de ser no princípio da solidariedade, o qual justifica, em certas situações absolutamente excepcionais e graves, a consagração de um dever por parte do Estado de assegurar meios que permitam elevar o nível de qualidade de vida deste tipo de vítimas. O que é decisivo, nestes casos, é a gravidade e desproporcionalidade dos danos, o que, só por si, justifica que o Estado se alheie da sua origem e compense a desprotecção social daí decorrente, sem curar de procurar, numa primeira linha, os responsáveis.

E este princípio, como já se referiu, decorre da própria Constituição, no seu artigo 1º, onde se consagra que "Portugal é uma república soberana empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária".

Por outro lado, uma vez que se trata de responsabilidade sem culpa, à vítima competirá apenas provar, para além da sua seropositividade, o nexos de causalidade entre a infecção e o acto de transfusão a que foi submetida.

Trata-se, evidentemente, de uma medida com carácter excepcional, razão pela qual deverá ser cuidadosa e rigorosamente definido o grupo social que dela irá beneficiar.

Medidas semelhante têm vindo a ser adoptadas em alguns ordenamentos jurídicos, como o francês, no qual, através da Lei de 31 de Dezembro de 1991, se assumiu o pagamento de indemnizações às vítimas de contaminação por conta da concepção de risco social.

8. Reconheço, com apreço, que alguns passos foram já dados no sentido de alcançar maior justiça social nestes casos, com a publicação do Decreto- Lei n.º 216/98, de 16 de Julho, através do qual se consagraram medidas especiais que se traduzem na atribuição do direito à pensão de invalidez para as pessoas infectadas com o vírus do VIH em condições mais favoráveis do que as vigentes no regime geral da segurança social. Todavia, aquilo que se pretende agora alcançar vai mais longe, porquanto aquela medida, de inegável valor, não é ainda suficiente para ressarcir todos os danos referidos. Não obstante, o âmbito pessoal da medida ora recomendada é mais restrito do que o campo de aplicação daquele diploma, uma vez que tem em vista compensar, apenas, as vítimas de contágio em estabelecimentos de saúde.

9. Cumpre- me, por último, recordar que, embora com algumas diferenças, foi apresentado pelo grupo parlamentar do Partido Socialista, em 1992, o Projecto- Lei n.º 146/ VI, tendo o mesmo sido rejeitado, por votação na generalidade.

10. Assim, RECOMENDO a Vossa Excelência:

- a) a adopção de medidas com vista à atribuição de indemnização à Senhora D. M... pelos danos que vierem a ser apurados, decorrentes da unidade de plasma que lhe foi administrada, em 15.10.87, no Hospital de Santo António, no Porto;
- b) a consagração de normas destinadas a compensar os danos causados aos cidadãos vítimas de contágio pelo vírus da imunodeficiência humana, por actos de transfusão de sangue ou seus derivados, em estabelecimentos de saúde.

O PROVIDOR DE JUSTIÇA

José Menéres Pimentel