

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Camila Elisa Capoani

A CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL PELA TRANSMISSÃO
DO VÍRUS HIV NOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS
AMOROSOS

Passo Fundo
2013

Camila Elisa Capoani

A CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL PELA TRANSMISSÃO
DO VÍRUS HIV NOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS
AMOROSOS

Monografia Jurídica, apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação da professora Me. Salma Ribeiro Makki.

Passo Fundo
2013

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Elenara, por não medir esforços para possibilitar que eu realize os meus sonhos.

Ao meu pai, Leonir (*in memoriam*), por ter me ensinado o valor da honestidade, da bondade e da justiça.

À minha irmã, Simone, pelo companheirismo e a amizade de sempre.

À minha orientadora, Salma Ribeiro Makki, pelo auxílio para a concretização deste trabalho.

À amiga, Ângela Hackbart Conde, pela imensurável colaboração e ensinamentos prestados.

Aos demais amigos, pela paciência e compreensão, durante a realização da presente pesquisa.

RESUMO

A presente monografia jurídica versa sobre a configuração de dano moral pela transmissão do vírus HIV nos relacionamentos afetivos amorosos. Partindo de um estudo sobre os principais aspectos da responsabilidade civil e os direitos fundamentais, principalmente a dignidade da pessoa humana, busca analisar se há a possibilidade da configuração de dano moral pela transmissão do vírus HIV quando quem dá causa ao fato é o parceiro com o qual a vítima está emocionalmente envolvida. Apesar da importância e da atualidade do assunto, ele ainda é pouco discutido no mundo jurídico, de modo que, o seu estudo, visa elucidar se há dano moral e estabelecer quais as condições e situações passíveis de compensação, auxiliando as vítimas a conhecerem os seus direitos. Conclui-se pela configuração de dano moral quando o parceiro infectante age com dolo ou culpa. Utiliza como método de abordagem o dedutivo e como método de procedimento o bibliográfico.

Palavras-chave: AIDS. Dano Moral. HIV. Relacionamento afetivo amoroso. Responsabilidade civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 ASPECTOS TEÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	7
1.1 Elementos da responsabilidade civil	7
1.2 As formas de responsabilidade civil consideradas a partir da culpa	14
1.3 As formas de responsabilidade civil consideradas a partir da existência de contrato.....	18
1.4 Causas de exclusão	24
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DANO MORAL	28
2.1 Os direitos fundamentais	28
2.2 A dignidade da pessoa humana: um princípio constitucional	37
2.3 A dignidade humana e o dano moral	41
3 A POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL PELA TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV NO RELACIONAMENTO AFETIVO AMOROSO .	45
3.1 Os relacionamentos afetivos amorosos e a AIDS	45
3.1.1 Os relacionamentos afetivos amorosos e a sua transformação ao longo da história	46
3.2 A configuração de dano moral pela transmissão do vírus HIV nos relacionamentos afetivos amorosos	52
3.3 A configuração do dano moral na transmissão do vírus HIV decorrente da ofensa a direitos fundamentais indisponíveis.....	55
3.4 A configuração de dano moral decorrente da transmissão do HIV na conduta culposa e na conduta dolosa	57
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema a configuração de dano moral pela transmissão do vírus HIV nos relacionamentos afetivos amorosos. Seu objetivo é trazer maiores esclarecimentos sobre o assunto, pois o dano moral é um dos temas mais frequentes no Judiciário, assim como a AIDS é uma das doenças mais temidas da humanidade. A possibilidade desses dois temas estarem fortemente ligados e inseridos em uma relação amorosa é o que instiga a pesquisa.

É inerente e essencial ao ser humano o desejo de estar em sociedade, de relacionar-se. No entanto, algo que aparentemente deveria trazer conforto, segurança e felicidade, pode transformar-se em um pesadelo. A possibilidade da existência de dano moral decorrente da transmissão do vírus HIV em um relacionamento afetivo amoroso, apesar de sua atualidade cotidiana, ainda é pouco discutida no mundo jurídico e a análise deste fato, que pode estar presente em qualquer relacionamento, torna possível que as vítimas tenham conhecimento dos seus direitos.

Foi utilizado como método de abordagem o dedutivo, visto que se partiu de um conhecimento geral para compreender-se algo específico, tendo-se como métodos de procedimento utilizado a pesquisa teórica na modalidade revisão de literatura, com consulta a material bibliográfico e jurisprudencial, sendo o trabalho baseado, em sua maior parte, na doutrina, pois ainda há poucas decisões jurisprudenciais específicas sobre o tema.

Para que seja possível o desenvolvimento deste trabalho, faz-se necessário um estudo acerca da responsabilidade civil, dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, abordando-se os elementos ensejadores da responsabilização e a evolução e conceituação dos direitos fundamentais e da dignidade humana em um contexto social. Também necessária é a abordagem sobre os relacionamentos afetivos amorosos e o desenvolvimento da sua estrutura desde Roma aos dias atuais, bem como sobre a síndrome da imunodeficiência adquirida, a AIDS, e as consequências físicas e psicológicas suportadas pelos soropositivos. Dessa forma, o trabalho é dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo são apresentados os elementos da responsabilidade civil, sendo eles a ação ou omissão, o dano e o nexo causal. A seguir, analisam-se as formas de responsabilidade consideradas a partir da culpa em sentido *lato*, diferenciando a responsabilidade civil objetiva, na qual não se perquire a existência de culpa, e a responsabilidade subjetiva, na qual, para que haja o dever de indenizar é preciso que a conduta do agente esteja eivada de dolo ou culpa no sentido estrito. Também exploram-se as formas de responsabilidade civil consideradas a partir a existência de um contrato entre as partes, denominadas responsabilidade contratual e extracontratual, analisando-se, ainda, algumas das causas que excluem o dever de reparar, como o estado de necessidade, a legítima defesa, o caso fortuito e a força maior e a culpa exclusiva da vítima.

No segundo capítulo, faz-se necessário o estudo acerca dos direitos fundamentais de forma geral, abordando-se o seu histórico, para melhor compreender como surgiram e qual o seu papel na sociedade atual, bem como as suas principais características, passando-se, a seguir, a tecerem-se algumas considerações referentes à dignidade da pessoa humana - direito fundamental e princípio constitucional e basilar do ordenamento jurídico brasileiro - para então, no último tópico, tratar-se da sua forte ligação com o dano moral.

Por fim, no terceiro capítulo, primeiramente são apresentadas algumas características a respeito dos relacionamentos amorosos, partindo da sua estrutura na antiguidade até chegar-se à forma que se tem hoje. Ainda, destacam-se os aspectos biológicos e psicológicos impostos aos soropositivos, fazendo-se referência aos reflexos da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida tanto no âmbito físico quanto mental. Posteriormente, aborda-se o dever de um parceiro compensar o outro, também moralmente, pelo dano causado com a transmissão do vírus HIV, destacando-se as situações em que há a possibilidade dessa responsabilização.

1 ASPECTOS TEÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é princípio geral do direito e está registrada nos artigos 186 e 927 do Código Civil¹. Este capítulo esclarece os seus pontos chave e suas principais características, elencando seus elementos, suas formas consideradas a partir da culpa e a partir da existência de um contrato e também algumas situações nas quais ela não é aplicada.

1.1 Elementos da responsabilidade civil

A responsabilidade consiste na obrigação do agente de reparar o dano que a sua ação ou omissão tenha causado a outrem reestabelecendo o equilíbrio jurídico-econômico (CAVALIERI FILHO, 2012, p.12). É a forma de assegurar o direito daquele que foi prejudicado de ver seu prejuízo reparado ou ressarcido.

A ideia de reparar ou ressarcir a vítima pelo dano sofrido sempre existiu, mas a sua concepção evoluiu juntamente com a sociedade, acompanhando a complexidade das relações e dos danos consequentes, visando hoje, primeiramente, à reparação do dano em atenção à vítima. Para que ela se configure é preciso a presença de alguns elementos como a ação ou omissão do agente, o dano e o nexo causal.

¹ 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. (BRASIL, Código Civil, 2002).
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. (BRASIL, Código Civil, 2002).

1.1.1 Ação ou omissão

A ação ou omissão do agente, o dano e o nexo causal, são os elementos necessários para que se visualize a responsabilidade civil. Todos devem estar presentes para que subsista o dever de indenizar.

Como explica Matzenbacher:

[...] deve o comportamento do indivíduo estar diretamente ligado ao dano cometido, se não foi ele o causador do prejuízo ou se houve contribuição de fatores outros senão a sua conduta que contribuíram de forma que não se possa definir qual a conduta que está ligada ao resultado danoso, o liame inexistente e, conseqüentemente, não se verifica a responsabilidade civil. (MATZENBACHER, 2009, p. 66).

A função da responsabilidade civil consiste no reestabelecimento do *status quo ante*, na medida do possível e através da obrigação de indenizar, compensando as perdas sofridas pela vítima. É considerada “uma instituição, enquanto assecuratória de direitos, e um estuário para onde acorrem os insatisfeitos, os injustiçados e os que danam e se prejudicam por comportamentos dos outros” (STOCO, 2011, p. 133), e só pode ser alcançada quando se verificar a existência de todos os elementos.

A ação ou omissão do agente se consubstancia em um ato voluntário (2011, p. 153), ou seja, em uma conduta adotada em decorrência do livre arbítrio de cada pessoa, sem que haja vícios na sua vontade. Essa conduta pode ou não ser uma conduta culposa, fator esse, que interferirá na classificação da responsabilidade como subjetiva ou objetiva.

O comportamento positivo, ou seja, fazer algo, agir, é a forma mais comum de exteriorização da conduta humana. Destruir coisa alheia, causar lesão corporal, avançar o sinal vermelho abalroando outro veículo, todas essas condutas são ações. Já a omissão, como explica Sílvia Rodrigues, é o comportamento negativo,

caracteriza-se pela inatividade, é abster-se de fazer algo quando, para evitar o dano, deveria fazê-lo (RODRIGUES, 2008, p.19).

O que aqui cabe avaliar, é que basta que alguém faça ou deixe de fazer algo, violando um dever jurídico, por sua própria vontade, para que essa conduta se enquadre como um dos elementos da responsabilidade civil.

Importante esclarecer que, no contexto até agora avaliado, não se fala no desejo do agente em produzir o resultado ou na sua capacidade de prevê-lo. A voluntariedade da conduta não significa o desejo de produzir o resultado, mas apenas que é preciso que o causador do dano tenha agido ou se omitido por sua própria escolha, sem ter sido obrigado ou coagido para tanto.

1.1.2 Dano

Para que se possa falar em responsabilidade civil é preciso que a conduta do agente tenha como consequência um prejuízo à vítima. É imprescindível que essa ação ou omissão que viola um dever ocasione algo negativo para outrem, pois a simples violação não gera responsabilidade civil, mesmo que nessa conduta se possa visualizar culpa ou dolo, sem o resultado dano, nenhuma indenização é devida (RIZZARDO, 2011, p. 32). Todavia, não é necessário que o prejuízo sofrido seja total, pois a diminuição de valor de um bem juridicamente protegido seja esse valor moral, pecuniário ou afetivo, também é considerado dano.

O dano pode ser classificado como material ou moral, dependendo do bem jurídico que foi atingido em consequência da conduta do agente. O dano material, também chamado de patrimonial, é aquele que atinge o patrimônio da vítima, o qual é passível de ressarcimento mediante indenização pecuniária, restituindo-se o bem lesado à situação anterior. (MELO, 2005, p. 50). Essa classificação abrange tanto bens corpóreos, como automóveis e livros, quanto bens incorpóreos, como direitos de crédito.

Já o dano moral ocorre quando o bem atingido se trata de algo exclusivamente psicológico, quando a ação ou omissão geram dor, sofrimento ou angústia na vítima (RIZZARDO, 2011, p.17). A indenização capaz de repará-lo é de difícil mensuração, pois os bens atingidos não têm valor patrimonial e após o sofrimento ou humilhação, é praticamente impossível reparar o dano reestabelecendo a situação anterior, restando apenas o seu ressarcimento através de pecúnia.

Destaca-se que qualquer dissabor não caracteriza dano moral, pois na vida moderna é corriqueiro que na pressa e agitação do dia-a-dia o homem seja obrigado a conviver com uma série de pequenos incômodos. A delimitação do que realmente configura dano moral dá-se, principalmente, na avaliação de cada caso concreto, seguindo-se, claro alguns preceitos básicos.

Nesse contexto, destaca-se o papel do juiz na apreciação dos fatos, tal como leciona Melo:

Neste aspecto, cumpre ao juiz um papel de relevo, seja porque é ele que, a partir das chamadas máximas de experiência, irá analisar o caso concreto e adequá-lo a proteção legal, seja porque dependerá do seu livre arbítrio na fixação do *quantum* indenizatório. Contudo, esta discricionariedade do juiz, deverá ser pautada pelo bom senso, seguido de alguns critérios, porquanto haverá de frente ao ilícito perpetrado, sobrepesar o grau de culpa do ofensor, as condições sociais e econômicas das partes envolvidas, a repercussão do fato lesivo no seio social [...] (MELO, 2005, p. 53).

Verifica-se, portanto, que com a evolução da sociedade e das relações entre as pessoas, é inevitável que surjam pequenos dissabores. O que não se pode admitir é que qualquer melindre ou suscetibilidade exacerbada transforme-se em um problema de responsabilidade civil.

Dessa forma também tem entendido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TELEFONIA. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COBRANÇA DE SERVIÇOS NÃO CONTRATADOS. DEVOUÇÃO EM DOBRO. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Não comprovada a adesão do consumidor ao serviço cobrado e pago, a devolução em dobro do valor correspondente é medida que se impõe. Aplicação do parágrafo único, do Art. 42, do CDC. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. - O dano moral é a lesão/violação de um direito personalíssimo que cause na vítima sensações negativas ou desprazerosas, que transborda a normalidade e a tolerabilidade do homem médio. É o rompimento do equilíbrio psicológico, é a violação da dignidade da pessoa humana. E por isso, seu reconhecimento deve ocorrer em situações graves e sérias. - O mero dissabor, decorrente de uma violação de relação negocial, mesmo com repercussão econômica, por si só, não gera direito ao recebimento de indenização por dano moral. A vida de relações/frustrações de relacionamentos deveriam ficar fora do judiciário. - Não violado direito personalíssimo indevido o reconhecimento de dano moral. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70055753693, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 29/08/2013).

Assim, é preciso, para que algo seja considerado dano moral e então seja passível de compensação conforme o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal², que realmente tenha havido um abalo emocional e psíquico considerável, o que, como explicitado, deve ser avaliado e mensurado pelo magistrado em cada caso concreto.

Outra questão complicada relacionada ao dano moral é quanto à necessidade ou não de prova. Vários juristas renomados entendem que por se tratar de uma lesão ao íntimo das pessoas, não haveria necessidade de prova, entre eles o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, cujo trecho da ementa no REsp 318099-SP se transcreve: “Já assentou a Corte que não há falar em prova do dano moral, mas sim na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação [...]” (BRASIL, 2001, p. 1). Ou seja, o entendimento que impera é que o que deve ser provado é o fato que ocasionou o dano e não o dano em si, já que este por se tratar de algo não palpável, existente apenas no íntimo de cada um, dificilmente poderia ser provado.

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

1.1.3 Nexo causal

O terceiro elemento necessário para que se possa falar em responsabilidade civil é o nexo causal, que é a ligação entre a conduta e o dano, consistindo na necessidade de que a conduta praticada pelo agente seja a responsável pela produção do resultado. Erros de conduta ou transgressões da lei que não ofendem direitos ou não causam prejuízo a outras pessoas não têm relevância para a responsabilidade civil, pois mesmo que várias condutas tenham sido praticadas, apenas a mais adequada será considerada (RIZZARDO, 2011, p. 68).

O nexo causal é o liame que liga os demais elementos, que, separados, não ensejariam o dever de reparação, e os une, tornando plausível que se visualize a possibilidade de imputar-se a alguém a obrigação de reparar o dano que a sua ação ou omissão causou para outrem.

Prevalece na esfera da responsabilidade civil, a teoria da causalidade adequada elaborada por Kries, segundo a qual as condutas devem ser individualizadas e qualificadas de modo que, apenas aquela que for a mais adequada para produção do resultado, será considerada a causadora do dano (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 51). Segundo esta teoria, mesmo que várias condições tenham concorrido para a produção do resultado, deve-se avaliar qual delas foi a mais decisiva, pois essa será a causa e as demais devem ser desconsideradas.

As chamadas concausas, também possuem um papel para a ocorrência do resultado. Elas são causas preexistentes, concomitantes ou supervenientes que, quando somadas à causa principal, colaboram para o agravamento do resultado, sem, contudo, diminuírem a responsabilidade do agente (MELO, 2005, p. 107). Sozinhas, a maioria das concausas não seria suficiente para ensejar o dano, mas, quando unidas, a outra causa intensificam o resultado.

Como exemplo de concausa preexistente pode-se citar o caso de um homem que sofre de diabetes e, ao andar pela rua, é atacado por um cachorro que pertence ao seu vizinho. Em decorrência da gravidade das mordidas, o homem é obrigado a submeter-se a uma cirurgia e acaba por falecer devido ao seu problema de saúde (2005, p. 107). Ainda que a doença, nesse caso, seja preexistente ao fato e tenha

concorrido para a morte, só foi necessário o tratamento cirúrgico porque a vítima foi atacada pelo cão e, portanto, o dono do animal não se exime da responsabilidade e responde pelo resultado mais grave.

A concausa superveniente é aquela que ocorre depois do resultado, quando o nexos causal já está estabelecido, sendo tratada, quanto à responsabilização do agente, da mesma forma que a preexistente.

Assim exemplifica Cavalieri Filho:

A vítima de um atropelamento não é socorrida a tempo, perde muito sangue e vem a falecer. Essa causa superveniente, embora tenha concorrido para a morte da vítima, será irrelevante em relação ao agente, porque, por si só, não produziu o resultado, apenas o reforçou (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 63).

Todavia, podem ocorrer casos em que as concausas quebrem o nexos causal, e então sua incidência terá relevância jurídica. Esses casos se configuram quando a concausa é independente, ou seja, quando sozinha ela é responsável pelo resultado, como “durante a realização de um parto normal, a parturiente teve a ruptura de um aneurisma cerebral, vindo a falecer.” (2012, p. 63). No exemplo apresentado inexistente nexos causal entre a morte e o parto, pois a causa da morte foi a ruptura do aneurisma e, portanto, não há responsabilidade.

Assim também se procede quando se tratar de uma concausa concomitante, que como o próprio nome já diz, ocorre ao mesmo tempo da causa principal (2012, p. 63). Quando reforçar ou agravar o resultado, não favorecerá o agente; no entanto, se for independente, sua incidência descaracterizará a responsabilidade civil.

Conforme demonstrou-se, cada elemento é necessário para a configuração da responsabilidade civil e, sem qualquer um deles, ela não tem aplicação, não sendo possível que se imponha a alguém qualquer dever de reparar.

1.2 As formas de responsabilidade civil consideradas a partir da culpa

Estabelecidos os elementos que juntos ensejam a responsabilidade civil, cabe distinguir quando ela será classificada como subjetiva ou objetiva. Para tanto, deve-se analisar a ideia de culpa, pois essa está intrinsecamente ligada à responsabilidade.

1.2.1 Responsabilidade subjetiva

Para que se visualize a responsabilidade subjetiva é preciso que a existência da culpa seja relevante para a configuração da responsabilidade. Na responsabilidade subjetiva devem estar presentes todos os elementos da responsabilidade civil, com o acréscimo de que, para que seja subjetiva, a conduta do agente deve ser culposa.

O conceito de culpa divide-se em culpa no sentido estrito e culpa no sentido lato. No sentido estrito corresponde a uma ação ou omissão, que, por estar eivada de negligência, imprudência ou imperícia, resulta em dano. É considerada uma violação do dever objetivo de cuidado (DIAS, J.A., 2006, p. 149). Isso significa dizer que o homem como parte integrante da sociedade, tem o dever agir com cautela e prudência, de modo que a sua conduta não resulte em lesões aos direitos alheios. A desconsideração voluntária desse dever, causando um dano que poderia ser previsto pelo agente, configura culpa.

Nas condutas consideradas culposas é preciso que o resultado seja previsível, ou seja, apesar do agente não o ter previsto, era possível que fizesse, e assim, observando o dever de cuidado, evitasse o dano. A desconsideração desse dever, como já dito, pode dar-se de três maneiras, através da imprudência, da negligência ou da imperícia.

A esse respeito, destacam Teixeira e Serafim:

A imprudência ocorre quando o agente pratica uma ação sem o dever de cuidado, de modo afoito, precipitado, perigoso [...]. A negligência manifesta-se na inércia do agente, que tendo a oportunidade de evitar o ato lesivo, permite a ocorrência por desleixo, desatenção, displicência. [...] A imperícia é a ausência de capacidade, de habilidade técnica para a prática da arte ou profissão (TEIXEIRA; SERAFIM, 2010, p. 12-13).

Ao agir conforme essas modalidades da culpa o agente não deseja o resultado, apesar da falta de atenção ou cautela, ou seja, em nenhum momento o objetivo foi o de causar dano. Em suma, a culpa é sempre a violação de um dever de cuidado, uma conduta voluntária que produz um dano involuntário.

A responsabilidade subjetiva está muito ligada ao elemento moral, pois todos, como seres sociais, têm o dever moral de não prejudicar outras pessoas. “Existe uma relação íntima entre a culpa e a moral [...] a ideia de culpa decorre de um princípio comum tanto no direito quanto na moral, que se resume na máxima de que, a ninguém é dado prejudicar injustamente ao seu próximo.” (MELO, 2005, p. 8). Entende-se, portanto que a responsabilidade subjetiva, fundada na culpa está vinculada também à ideia da moral, já que esta é um elemento importante para a verificação da culpa.

Já a culpa no sentido lato, envolve o dolo também, o qual está previsto no ordenamento jurídico brasileiro no do artigo 18, inciso I do Código Penal³. Assim como na culpa, no dolo também há a violação do dever de cuidado, mas diferentemente da primeira, no dolo essa violação é intencional e objetiva causar o dano. O agente de uma conduta dolosa deseja o resultado e age ou se omite para que ele aconteça, o que é chamado de dolo direto (TEIXEIRA; SERAFIM, 2010, p. 5).

A conduta dolosa também pode ocorrer na modalidade de dolo eventual, onde o agente não tem por objetivo principal gerar o dano, mas ao agir, prevê que a lesão ao direito alheio ocorrerá e assume o risco de produzi-la, ou seja, mesmo antevendo

³ Art. 18 - Diz-se o crime

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; (BRASIL, Código Penal, 1940).

que para atingir seu objetivo será preciso agir de forma a causar o dano, o agente não se importa e prossegue na execução da conduta.

Quando, para aferir se há ou não a obrigação do agente reparar o dano que causou, se avalia se ele agiu com dolo ou culpa está se falando em responsabilidade subjetiva. O Código Civil de 2002 traz em seu artigo 927, *caput*, o preceito de que quem, cometendo ato ilícito, causar dano a outra pessoa fica obrigado a repará-lo⁴, e, dessa forma, positiva o princípio da responsabilidade subjetiva, fundada na culpa em sentido lato.

1.2.2 Responsabilidade objetiva

A responsabilidade civil subjetiva imperou quando da vigência do Código Civil de 1916, Contudo, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o legislador possibilitou a aplicação do dever de reparar independente da perquirição de culpa, retirando a exclusividade da responsabilidade subjetiva, porquanto muitas vezes esta não supria totalmente as necessidades dos casos concretos.

No parágrafo único do mesmo dispositivo legal⁵, encontra-se a posituação da responsabilidade objetiva, aplicável nos casos previstos em lei ou quando a atividade for naturalmente perigosa, nas quais o dever de reparar surge apenas pelo fato de o dano ser consequência da conduta praticada pelo agente, sem a aferição da existência de dolo ou culpa.

Como explica Rizzardo:

⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, Código Civil, 2002)

⁵ Art. 927. [...]

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. (BRASIL, Código Civil, 2002).

Pode-se dizer que a responsabilidade objetiva pela prática de atividade naturalmente arriscada tem importância social, não se restringindo à realização da justiça entre as partes envolvidas. [...] Tem como grande elemento de imposição o ideal de uma vivência segura que vai além ou ultrapassa o mero *non laedere*, chamando a responsabilidade a todos quantos representam os fatores de perigo na segurança social (RIZZARDO, 2011, p. 28).

A responsabilidade objetiva é, principalmente, fundada na teoria do risco, que foi desenvolvida a partir da percepção de que a aferição de responsabilidade apenas sob a ótica da culpa não seria plenamente suficiente para reparar de forma satisfatória todas as situações, que, com a evolução da sociedade, vieram a surgir (STOCO, 2011, p. 184). O risco é a probabilidade de algo resultar em dano e, segundo esta teoria, aquele que exerce uma atividade perigosa deve assumir os riscos e reparar os possíveis danos dela decorrentes.

Conforme expõe Venceslau Costa Filho, a responsabilidade objetiva tem ligação com a atividade desenvolvida pelo agente, visto que:

Imputa ao autor do dano o dever de reparação desvinculado da culpa, quando se verificar que o autor normalmente desenvolve atividades que, por si mesmas, acarretam riscos para os direitos de outrem. Assim, considera-se que o elemento periculosidade deve ser uma qualidade que antecede ou que preexiste em relação ao comportamento danoso. (COSTA FILHO, 2011, p. 67).

Isso porque execução de algumas atividades, como é notório, possui uma probabilidade maior de gerar danos a terceiros, como as atividades nucleares e de manuseio de armas, por exemplo, nestes casos, os responsáveis devem tomar certas medidas para que elas não causem danos. No entanto, caso isso ocorra, por se tratarem de atividades perigosas, a responsabilidade será objetiva (MELO, 2005, p. 29).

Contudo a teoria do risco é alvo de críticas, até mesmo pela sua nomenclatura, pois, conforme José de Aguiar Dias, “se o que se quer determinar é o fundamento da responsabilidade, é bem de ver que a expressão *teoria do risco* não

compreende o que pretende exprimir” (DIAS, J.A., 2006, p. 93, grifo do autor). O autor defende que esta teoria, para melhor adequar-se ao que objetiva demonstrar, deveria chamar-se “teoria do risco criado”, apesar de também não considerar esta nomenclatura totalmente satisfatória por lhe faltar linguagem técnica.

Ademais, cabe ressaltar que a responsabilidade objetiva, por não levantar a discussão da existência de culpa é de aplicação mais restrita que a subjetiva e só deve ocorrer nos casos previstos em lei. É importante sobrepesar a aplicação da responsabilidade objetiva, de modo que ela seja aplicada coerentemente. Aferir, em qualquer caso, o dever de indenizar pela causalidade acaba desvirtuando o instituto da responsabilidade civil, que seria aplicada sempre e em qualquer situação (RIZZARDO, 2011, p. 28).

Para que se impute ao agente o dever de reparar o dano, resultado de suas ações, sem, contudo, transformar a responsabilidade civil em um instituto extremado que acaba por, na ânsia de indenizar a vítima, imputando a obrigação a qualquer um e em qualquer situação, afastando-se de um ideal de justiça, é preciso que se apliquem nas relações sociais as duas formas de responsabilidade, a objetiva e a subjetiva, avaliando-se cada caso concreto, pois algumas obrigações são geradas pelo fato em si, ao passo que, em outras a incidência de culpa deve ser observada.

1.3 As formas de responsabilidade civil consideradas a partir da existência de contrato

A responsabilidade contratual e extracontratual, assim como a subjetiva e a objetiva, surgiu como uma forma de estabelecer uma situação mais benéfica às vítimas, já que muitas vezes torna-se difícil para elas provar a culpa do agente. Tal como explica Rui Stoco, “esse surgimento deve-se à doutrina francesa, em busca de uma situação jurídica mais favorável às vítimas, dentro de uma realidade preocupante nos casos de acidentes no trabalho ou decorrentes dos transportes”

(STOCO, 2011, p. 164). Tendo por intuito facilitar a aplicação da responsabilidade, nesses casos, nos quais era notória a dificuldade na produção da prova.

1.3.1 Responsabilidade contratual

Para que se possa falar em responsabilidade contratual, é necessário, conforme se pode depreender do próprio nome, que exista um contrato estabelecido entre as partes, o qual pode ser tácito ou expresso.

Além da existência de um contrato, há outros pressupostos, como a inexecução deste contrato, o dano, o nexo causal e a mora, como leciona Rizzardo:

Havendo uma convenção das partes, ou um contrato, com discriminação de direitos e deveres, decorre a obrigatoriedade no cumprimento. Se verificada a falta de cumprimento do dever, trazendo prejuízos à outra parte, advém a decorrência da reparação. Há uma norma convencional que determina o comportamento dos contraentes. (RIZZARDO, 2011, p. 37).

A responsabilidade contratual terá lugar quando qualquer uma das partes violar um dever estabelecido por vontade dos contratantes, prejudicando a outra parte, e praticando um ilícito contratual.

Na responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar surgir já existe uma relação jurídica entre as partes. Há, portanto, um dever preexistente, que tem forma através do contrato. As ações dos contratantes devem estar limitadas pelas regras impostas pelo contrato, pois a partir de estabelecido, ele é a lei entre as partes, ficando elas vinculadas a ele pelo princípio da obrigatoriedade (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 309).

Todavia, para que o contrato produza efeitos, é preciso que ele seja válido e respeite os preceitos do artigo 104 do Código Civil⁶, quais sejam, agente capaz, objeto lícito e possível e forma prescrita ou não defesa em lei. Caso não estejam presentes estes requisitos o contrato é considerado nulo e não produzirá efeitos, da mesma forma que não ensejará nenhuma obrigação (2012, p. 309). Dá-se, como exemplo, um contrato em que A se obriga a comprar drogas na Espanha e trazer para o Brasil para B, no caso de descumprimento deste contrato, B não poderá cobrar de A nenhum tipo de indenização ou reparação, pois o objeto do contrato é ilícito e, portanto, ele não é válido e não produz efeitos no mundo jurídico.

Ainda, como pressuposto da responsabilidade contratual, tem-se a inexecução do contrato, pois além de o contrato ser válido, é preciso que uma das partes o descumpra para seja possível falar em responsabilidade.

O inadimplemento do contrato e a obrigação decorrente dele estão positivados no artigo 475 do Código Civil⁷, o qual prevê que a parte que for prejudicada pelo inadimplemento do contrato poderá resolver o contrato ou exigir a sua execução, mas, independentemente do que escolher, ainda caberá indenização por perdas e danos, pois não se perquire a culpa - o dever de indenizar surge pelo simples descumprimento.

Sobre o tema sintetiza Cavalieri Filho:

A regra fundamental é que o devedor está obrigado a efetuar a prestação devida de um modo completo, no tempo e lugar determinados na obrigação. [...]. Logo, a responsabilidade contratual é também um dever sucessivo decorrente da violação de um dever primário estabelecido no contrato. [...] na responsabilidade contratual a indenização funciona como substitutivo da prestação contratada. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 310).

⁶ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei. (BRASIL, Código Civil, 2002).

⁷ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. (BRASIL, Código Civil, 2002).

Destarte, pode-se dizer que com o descumprimento da obrigação originária, prevista no contrato e estabelecida por vontade das partes, nasce uma nova obrigação, a de reparar o prejuízo sofrido pelo descumprimento do dever originário. A segunda obrigação, contudo, difere da primeira, pois não é uma convenção entre as partes, mas sim fruto da responsabilidade contratual.

O dano e o nexo causal como pressupostos da responsabilidade contratual não trazem diferenças aos conceitos que se tem deles quando da responsabilidade civil de uma maneira geral, possuindo previsão específica para o caso de inadimplementos contratuais no artigo 403 do Código Civil⁸. Ressalta-se que não haverá inadimplemento se o resultado independer do ato voluntário do agente, como ocorre no caso fortuito e na força maior, pois nesses casos a parte fica impossibilitada de cumprir o contrato, estando desobrigada de reparar os danos por força do artigo 393 do Código Civil⁹ (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 312).

Por fim, tem-se como pressuposto a mora que consiste no atraso da parte em cumprir a obrigação que lhe cabe, prevista nos artigos 394 e 396 do Código Civil¹⁰. Como expõe Sérgio Cavalieri Filho, enquanto a prestação estiver em atraso, mas ainda for possível a parte cumpri-la a mora subsistirá. Já se, em razão da mora, o cumprimento do contrato não seja mais interessante à outra parte, tem-se o inadimplemento absoluto, que é passível de indenização (2012, p. 314).

Apesar de não ter previsão no Código Civil, muitos doutrinadores defendem a existência de uma responsabilidade pré-contratual, que se aplicaria quando demonstrada a intenção inequívoca de firmar o negócio jurídico, valendo esta como um pré-contrato.

Como expõe Antônio Campos Ribeiro:

⁸ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. (BRASIL, Código Civil, 2002).

⁹ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. (BRASIL, Código Civil, 2002).

¹⁰ Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora. (BRASIL, Código Civil, 2002).

O mero fato de estabelecer-se negociações de caráter contratual já é fundamento primário de se caracterizar apto a gerar eficácia. A mesma se daria, quando, através de uma ruptura abrupta, injustificada, um dos participantes da negociação em curso frustra a expectativa, impede a consecução da possibilidade da obtenção das prerrogativas, vantagens, benefícios que eram de utilidade ou necessários ao outro partícipe, agindo de tal forma que abalou a confiança nele depositada num evidente comportamento suficiente para romper o equilíbrio que deve presidir tratativas de caráter contratual e que venham a causar, ao partícipe da negociação um dano ou prejuízo, decorrente e efeito reconhecido deste abrupto, injustificado e inesperado rompimento unilateral de tais negociações que já se desenrolavam há certo tempo. (RIBEIRO, 1999, p. 18).

Portanto, a responsabilidade pré-contratual resume-se em uma obrigação que se estabelece antes mesmo da formalização do contrato, em decorrência da esfera de confiança que se forma entre as partes, possibilitando que uma das delas seja indenizada pelos prejuízos que teve em decorrência da ruptura do pré-contrato pela outra.

1.3.2 Responsabilidade extracontratual

A responsabilidade extracontratual, por sua vez, pressupõe um contrato preexistente entre as partes, não da forma que há na contratual, ao menos. A obrigação, neste caso, deriva de um dever legal, decorrente da máxima de que a ninguém é dado o direito de agir de forma a prejudicar outra pessoa. Através da prática de um ato ilícito que cause prejuízo a outrem, nasce o dever de reparar.

É o conjunto de leis e princípios vigentes que determina obrigação de indenizar, o que, contudo, não significa que os deveres estabelecidos em contrato não estejam previstos na lei, já que a maioria deles está, mas apenas que a responsabilidade extracontratual decorre exclusivamente da lei, pois não há ligação entre as partes antes do fato que originou a responsabilidade. As normas jurídicas impõem ao homem como se deve ou não agir, e a desobediência dessas normas,

causando um prejuízo a alguém, gera o dever de reparação (RIZZARDO, 2011, p. 37).

O Código Civil prevê a responsabilidade extracontratual nos seus artigos 186, 187, 927 e 932¹¹, trazendo implícitos os seus pressupostos, a prática do ato ilícito, o dano e o nexo causal. Como elucida José de Aguiar Dias, na maioria dos casos a responsabilidade extracontratual é fundada na culpa, ou seja, é subjetiva, até mesmo por essa modalidade não apresentar uma lista taxativa, o que proporciona uma gama maior de possibilidades (DIAS, J.A., 2006, p. 561). Há casos em que a responsabilidade extracontratual pode ser objetiva, que são aqueles já comentados e descritos na legislação.

Apesar da divisão em responsabilidade contratual e extracontratual, ambas tem conceitos muito próximos, tendo inclusive os mesmos pressupostos, acrescentando-se apenas a existência de contrato e da mora no caso da responsabilidade contratual, como ressalta Sérgio Cavalieri Filho:

Uma vez que responsabilidade pressupõe o descumprimento (a violação) de uma obrigação. Responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever originário. Importa isso em dizer que tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há violação de um dever jurídico preexistente. [...] Tão mínima é a diferença que, a rigor, não há distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Na essência, ambas decorrem da violação de dever jurídico preexistente. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 305).

A semelhança é tanta que muitos autores defendem que não há a divisão da responsabilidade em contratual e extracontratual, já que, muitas vezes, as cláusulas convencionadas pelas partes nada mais são do que cópias daquilo que está previsto

¹¹ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. (BRASIL, Código Civil, 2002).

na legislação. Contudo, conforme já explicitado, existem sim diferenças entre os dois tipos de responsabilidade, por mais que a linha que as separa seja tênue.

1.4 Causas de exclusão

Existem situações em que, apesar de a ação ou omissão de alguém acarretar prejuízo a outras pessoas, sendo possível que se visualizem os elementos da responsabilidade civil, não haverá o dever de indenizar, em razão da existência de uma causa excludente de responsabilidade civil.

O artigo 188 do Código Civil traz algumas hipóteses em que há a isenção de responsabilidade,¹² elencando atos que são tão necessários e relevantes que acabam por superar, em importância, os danos que deles resultam. Entretanto, para que não exista o dever de indenizar, no todo ou em parte, as ações ou omissões praticadas devem observar o disposto no artigo 187 do Código Civil, ou seja, respeitar determinados limites e prezar pela boa-fé e bons costumes (RIZZARDO, 2011, p. 75-76).

Cabe diferenciar as situações que são excludentes de ilicitude e as que são excludentes de responsabilidade. O estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular do direito, são excludentes de ilicitude. Nestes casos, a conduta não é considerada contrária ao direito, todavia, não está absolutamente isenta de ocasionar a reparação. Já o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima são excludentes de responsabilidade, de modo que a sua incidência quebra o nexo causal, inexistindo, portanto, a responsabilidade.

¹² Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (BRASIL, Código Civil, 2002).

1.4.1 Estado de necessidade

O estado de necessidade delineado no inciso II e no parágrafo único do supracitado artigo 188, consiste na possibilidade de que, para evitar um dano maior ou para proteger coisa própria, o agente deteriore coisa alheia.

Rui Stoco explica que:

Na escusativa fundada no estado de necessidade existe um ato que seria ordinariamente ilícito. No entanto a lei o justifica eximindo o agente do dever de indenizar, tendo em vista preservar os bens mediante a remoção do perigo iminente. [...] O agente vê-se colocado numa alternativa irrefugível e, para preservar a coisa própria, tem que optar pelo sacrifício da alheia. (STOCO, 2011, p. 219).

Por ser uma excludente de ilicitude, o estado de necessidade não isenta o agente da obrigação de reparar o dano, pois, embora não configure ato ilícito, o artigo 929 do Código Civil¹³ prevê o direito da parte lesada ter seu prejuízo ressarcido, desde que não tenha sido o causador do perigo.

1.4.2 Legítima defesa

Como excludente de ilicitude tem-se, também, a legítima defesa. Esta, contudo, é tratada de maneira diferente pela legislação, pois, no estado de necessidade quem sofreu o prejuízo pode não ter qualquer relação com o perigo

¹³ Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. (BRASIL, Código Civil, 2002).

criado, ao passo que, na legítima defesa, há uma agressão ilícita, a qual motiva a reação daquele que foi injustamente agredido.

Carlos Roberto Gonçalves explica que o agente, desde que pratique o ato contra o agressor, não pode ser responsabilizado pelos prejuízos causados por aquele que o agrediu. Porém, se, por engano, um terceiro for atingido ou prejudicado pela sua ação, ou no caso da chamada legítima defesa putativa, o agente deverá reparar o dano, sendo-lhe possível a ação regressiva contra o agressor (GONÇALVES, 2011, p. 845).

Para que exima o agente do dever de indenizar, é preciso que a legítima defesa seja “legítima”, ou seja, seja exercida dentro dos limites de proporcionalidade, já que, por ser uma espécie de “justiça com as próprias mãos”, é permitida dentro de certos parâmetros, gerando para a vítima o direito de defender-se, mas não o direito de atacar o agressor.

1.4.3 Caso fortuito ou força maior

Entre as excludentes de responsabilidade temos o caso fortuito ou de força maior. O doutrinador Jose de Aguiar Dias entende que não há utilidade na distinção entre estas expressões, pois as considera sinônimas. Ambas se caracterizam pelo elemento externo e objetivo da imprevisibilidade ou inevitabilidade e pelo elemento interno e subjetivo da ausência de culpa, não sendo possível a elaboração de uma lista taxativa ou imutável das situações que são consideradas caso fortuito ou força maior, já que esta classificação depende do contexto do fato e do progresso da ciência e da tecnologia (DIAS, J.A., 2006, p. 935-936).

O caso fortuito ou de força maior, pelos pressupostos de inevitabilidade e ausência de culpa, rompem com o nexo de causalidade existente entre o fato e o dano, tornando inexistente a obrigação de indenizar.

1.4.4 Responsabilidade exclusiva da vítima

Outro fato que exclui a responsabilidade é a culpa exclusiva da vítima, ou seja, quando o resultado dano provém unicamente da ação praticada pela própria vítima.

Sobre o tema, assim leciona Carlos Roberto Gonçalves:

Quando o evento danoso acontece por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do agente. Nesse caso, deixa de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima. Pode-se afirmar que, no caso de culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente. Não há liame de causalidade entre o seu ato e o prejuízo da vítima (GONÇALVES, 2010, p. 849).

Como se vê, na culpa exclusiva da vítima, o nexu causal está entre a ação da vítima e o dano não podendo, desse modo, terceira pessoa ser compelida a reparar esse dano.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DANO MORAL

Para que se analise a possível configuração de dano moral pela transmissão do vírus HIV em um relacionamento afetivo amoroso, é necessário que se tenham algumas considerações a respeito dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana e do dano moral.

Neste capítulo, aborda-se a evolução e a conceituação dos direitos fundamentais ao longo da história, a sua divisão em gerações, suas principais características e, ainda, a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, passa-se para uma análise acerca da dignidade da pessoa humana e a sua relação com o dano moral.

2.1 Os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são direitos básicos concedidos a todos os cidadãos sem distinção. Têm como finalidade básica a proteção da dignidade do cidadão, protegendo-o contra o arbítrio do poder estatal e estabelecendo condições de vida e desenvolvimento da personalidade humana. São subdivididos principalmente em três gerações, que obedecem a ordem cronológica em que foram conquistados (MORAES, A., 2011, p. 25).

Previstos no Título II da Constituição Federal, os direitos e garantias fundamentais não têm conteúdo econômico ou patrimonial e apresentam algumas características como a indisponibilidade, inalienabilidade e a historicidade.

2.1.1 Evolução histórica

A concepção atual que se tem de direito fundamental tem suas raízes em diversas fontes, como a cultura das civilizações, a filosofia e a religião.

Conforme elucida Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. Salieta-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade. Do antigo testamento, herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus) (SARLET, 2009, p. 38, grifo do autor).

Alguns fatos históricos específicos também foram de grande importância na construção dos direitos fundamentais advindos principalmente da Inglaterra e da França.

Entre os mais importantes documentos históricos podemos citar a Magna Carta, a *Petition of Rights*, o *Bill of Rights* e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Todas reconhecem ao homem direitos fundamentais, invioláveis, inalienáveis e imprescritíveis, independente de classe, credo ou raça (MORAES, A., 2011, p. 7).

A Magna Carta foi outorgada por João Sem-Terra no ano de 1215. Previa entre outras garantias, a proporcionalidade entre o delito e a sanção, o devido processo legal, o livre acesso à justiça e a liberdade de locomoção com livre entrada e saída do país. Contudo, muitas dessas garantias não foram observadas. Já a *Petition of Rights* de 1628, assegurava que ninguém seria obrigado a pagar um tributo sem o consentimento de todos, através de ato do Parlamento, e que nenhum

homem livre seria preso ilegalmente. As mais importantes previsões, contudo, foram dispostas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que trazia em seus 17 artigos os direitos à liberdade, igualdade, propriedade, segurança, associação política, liberdade religiosa e de pensamento e os princípios da legalidade e presunção de inocência (2011, p. 7-9).

Desde que foram reconhecidos até os dias atuais, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações ao longo da história e costuma-se dizer que estão divididos em gerações ou dimensões. Há discussões a cerca da nomenclatura, pois considera-se que a palavra geração não é a mais correta, por passar a impressão de término de uma etapa que será substituída por outra, de forma que a palavra dimensão se adequaria melhor ao que se quer expressar. Cada geração está disposta em ordem cronológica, conforme esses direitos foram sendo conquistados pelo homem, e desde que se tenha em mente que uma geração não exclui a outra, mas, pelo contrário, a complementa, não há problema no uso desta palavra (SARLET, 2009, p. 45).

A maioria da doutrina defende que os direitos fundamentais possuem três gerações. Há, contudo, autores que alegam a existência de uma quarta, quinta e até mesmo uma sexta geração. Os direitos de primeira geração, também chamados de direitos civis e políticos são considerados direitos negativos, por requererem uma conduta negativa do Estado, no sentido de que este se abstenha de praticar determinados atos. Têm-se, entre os mais relevantes desta geração, o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Foram os primeiros a serem conquistados pela humanidade e tiveram forte influência do movimento iluminista, representam a luta pela liberdade e segurança perante o Estado. Constituem-se, assim, principalmente, em direitos de defesa do indivíduo contra a intervenção do Estado (2009, p. 46-47).

A ideia desses direitos está intimamente ligada à ideia de limitação de poder. É papel da Constituição Federal de cada país estabelecer uma forma de organização do Estado e de seus poderes, prevendo também direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, como forma de protegê-los de arbitrariedades cometidas pelo Estado ou por outros cidadãos (MORAES, A., 2011, p. 2-3).

Nos séculos XIX e XX, a industrialização e os problemas sociais e econômicos acabaram por desencadear os denominados direitos de segunda

geração, que são direitos econômicos, sociais e culturais, os quais têm como principal fundamento a igualdade material, sendo o Estado chamado a intervir para garantir o bem social.

Observa-se que os direitos fundamentais de segunda geração dependem necessariamente da atuação do poder estatal, a fim de garantir adequadamente as formas e recursos para o aproveitamento e exercício pleno das liberdades conferidas ao indivíduo. (DEGANI et al., 2013, p. 6).

Com o passar do tempo, constatou-se que a mera previsão formal da liberdade e da igualdade não garantiam a efetivação desses direitos, pois a não intervenção do Estado intensificou o capitalismo industrial, fazendo ressurgir a necessidade de um comportamento ativo do Estado para que a justiça social se concretizasse. Como expõe Luis Eduardo Rodrigues Marques, o Estado, então, sofreu uma transformação caracterizada pelo desaparecimento do Estado liberal ou Estado de direito e o surgimento do Estado Social (MARQUES, 2007, p. 73).

Essa geração de direitos foi fruto de movimentos populares, com raízes nas primeiras revoluções industriais, que reivindicaram a justiça que o formalismo estrito da liberdade havia ofuscado, incumbindo ao Estado a tarefa de intervir na sociedade e possibilitar melhores condições à população.

Entre os direitos de segunda geração, pode-se citar o direito de greve, direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo e a limitação da jornada de trabalho (SARLET, 2009, p. 48). Apesar da expressão “direitos sociais”, utilizada para esta geração, ela engloba direitos relativos à pessoa individualmente, os quais não se confundem com os direitos coletivos que integram a terceira geração.

Os direitos fundamentais de terceira geração diferenciam-se dos demais por não estarem ligados estritamente a esfera individual, estendendo-se ao gênero humano. O desenvolvimento da tecnologia e da informação ensejaram abusos que propiciaram guerras e crises mundiais e criaram uma nova gama de necessidades sociais.

Conforme expõe Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos de terceira geração tratam-se,

[...] na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. A nota distintiva destes direitos de terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável [...] (SARLET, 2009, p. 48-49).

Os direitos dessa geração têm relação com o humanismo, a dignidade da pessoa humana e a universalidade, visando à proteção e à defesa de interesses globais. Neste contexto, foram firmadas declarações de direitos humanos, objetivando restaurar os males vividos pela guerra e pelas crises.

No século XX, a globalização internacionalizou e tornou público os problemas internos de cada Estado, que eram semelhantes, em decorrência do momento histórico que se vivia. Com a percepção de que suas dificuldades eram similares, surge uma esfera de solidariedade para lutar e resolvê-las, sendo firmados diversos documentos internacionais de compromisso comum entre os Estados participantes (MARQUES, 2007, p. 111).

As bases desta geração são a solidariedade e a fraternidade em âmbito mundial, reveladas pelo direito ao meio-ambiente, a paz, a comunicação e a propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade (SARLET, 2009, p. 49). Esses direitos transcendem o indivíduo e ultrapassam limites geográficos, são globais.

A existência destas três gerações de direito é assunto pacificado entre os doutrinadores. Já no que se refere à possibilidade de outras gerações, como uma quarta ou quinta, não há consenso. Alguns defendem que estas outras gerações tratariam dos direitos humanos inerentes à genética, outros que seriam os direitos relacionados à informática e à *internet*, e há ainda a ideia de que seriam direitos

ligados a uma democracia direta. Contudo, estas gerações ainda são consideradas em fase de desenvolvimento e indefinidas.

2.1.2 Principais características

Os direitos fundamentais possuem algumas características únicas que os diferenciam de outros direitos. Entre elas, a historicidade, a inalienabilidade e indisponibilidade.

A historicidade deve-se ao fato de que os direitos e garantias fundamentais, “surgem e se desenvolvem conforme o momento histórico” (NOVELINO, 2012, pg. 398). Os direitos fundamentais são construções históricas que surgiram em determinadas circunstâncias, de acordo com as necessidades do ser humano naquele momento.

Frisa-se, ainda, que os direitos não nascem todos juntos e de uma vez só. Nas palavras de Norberto Bobbio, eles “nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças a liberdade do indivíduo ou novos remédios para as suas indigências” (apud BRANCO; MENDES, 2012, p. 164), assumindo um caráter evolutivo, que acompanha os problemas e avanços da sociedade.

A inalienabilidade e a indisponibilidade estão relacionadas. São considerados inalienáveis pela ausência de conteúdo patrimonial e pela impossibilidade de disposição. Um direito fundamental não tem valor econômico, não pode ser vendido, comprado, renunciado ou doado.

A inalienabilidade e a indisponibilidade se fundam em um dos principais princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana. Contudo, a efetivação deste princípio também engloba a liberdade de cada um, uma vez que, ao impossibilitar o homem de exercer a sua liberdade, também o privamos de sua dignidade, de modo que nem todos os direitos fundamentais são considerados absolutamente indisponíveis. Segundo Paulo Branco e Gilmar Ferreira Mendes:

Uma vez que a indisponibilidade se funda na dignidade humana e esta se vincula à potencialidade do homem de se autodeterminar e de ser livre, nem todos os direitos fundamentais possuiriam tal característica. Apenas os que visam resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar deveriam ser considerados indisponíveis. Indisponíveis, portanto, seriam os direitos que visam resguardar a vida biológica — sem a qual não há substrato físico para o conceito de dignidade — ou que intentem preservar as condições normais de saúde física e mental bem como a liberdade de tomar decisões sem coerção externa. (2012, p. 265).

Assim, portanto, consideram-se absolutamente indisponíveis, entre outros, o direito à vida, à saúde e a integridade física. Cabe ressaltar que, quanto aos demais direitos, que não estão voltados à proteção da saúde física e mental, também encontram-se sobre a égide a indisponibilidade, todavia de maneira mais relativa, sendo possível, em alguns casos, que se restrinja o seu exercício, desde que por motivo legítimo permitido pela ordem constitucional.

2.1.3 A aplicação imediata dos direitos fundamentais

O artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal¹⁴, prevê que terão aplicação imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Apesar de estar previsto no artigo 5º, que elenca as garantias individuais, a expressão genérica contida neste parágrafo estende a sua aplicação a todos os direitos e garantias fundamentais, pois a intenção do legislador, neste caso, foi garantir que estas normas, pela sua importância, tivessem efetiva aplicação e não se reduzissem a letra morta.

Marilene Carneiro Matos explica que, dizer que os direitos fundamentais têm, de acordo com o dispositivo supracitado, aplicação imediata, significa dizer que,

¹⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

[...] via de regra, as garantias que configuram direitos fundamentais não dependem de atuação legislativa, visto que a própria Carta Política lhes assegura a imediata aplicabilidade. Isso porque, nos termos consagrados pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é considerada como fundamento próprio da República Federativa do Brasil. Tal valor é vetor de aplicação de toda a Carta Constitucional, motivo pelo qual a efetividade dos direitos fundamentais não poderia ser deixada à mercê da vontade legiferante no que se refere à sua aplicação. (MATOS, 2012, p. 68).

Assim, ao conferir-se esta característica aos direitos fundamentais, desejou-se criar um mecanismo capaz de dar vida à formalidade e concretizar os direitos e garantias previstos na Constituição.

Percebe-se a preocupação do legislador constituinte com a efetivação dos direitos fundamentais quando se visualiza, no próprio texto da Constituição, a previsão remédios jurídicos que objetivam garantir a concretização desses direitos, como o mandado de injunção, o *habeas corpus*, *habeas data* e o mandado de segurança.

Há controvérsias, contudo, se o que se intencionou fazer foi, de fato, bem sucedido. Para alguns, os direitos fundamentais só alcançam a sua eficácia nos termos e na medida da lei. Já para outros, até mesmo normas de conteúdo expressamente programático poderiam ensejar o gozo a direitos, em virtude da aplicabilidade imediata (SARLET, 2009, p. 264). Essas correntes acabaram por desencadear dúvidas quanto à incidência da aplicabilidade imediata e a sua abrangência a todos os direitos fundamentais.

Há autores que dividem os direitos fundamentais em grupos de alta densidade normativa e de baixa densidade normativa, situando os direitos de primeira geração no primeiro grupo e os direitos de segunda geração ao segundo. Por alta densidade normativa quer-se expressar a capacidade de determinados enunciados de produzir seus efeitos independentes de uma lei que os regule ou da intervenção do Estado. Já por baixa densidade, entende-se aqueles aos quais não basta a sua previsão na Constituição para atingir seus efeitos, necessitando de uma lei que os regule (HACHEM, 2008, p.116).

A posição que se considera mais correta é a de Sarlet, que é vista como intermediária no que concerne ao tema a aplicabilidade imediata, segundo ele, a

aplicabilidade imediata deve ser aplicada na medida do possível, respeitando-se as particularidades de cada caso concreto.

[...] no âmbito de uma força jurídica reforçada ao nível da Constituição – os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que, por outro lado (consoante já assinalado), não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de posituação do objeto e da função que cada preceito desempenha (SARLET, 2009, p. 272).

Destituir os direitos fundamentais desta condição privilegiada da aplicabilidade imediata seria negar-lhes o que sua própria nomenclatura lhes atribui, a sua fundamentalidade.

O Supremo Tribunal Federal, de modo geral, tem seguido esta mesma linha de pensamento, e na maioria dos casos tem decidido pela aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, em todos os seus efeitos possíveis, como é o caso, por exemplo, do Agravo Regimental nº 271.286, referente aos direitos do trabalhador, e do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286, que trata do direito à saúde pelo fornecimento de medicamentos aos portadores do vírus HIV, o qual tem alguns trechos de sua ementa colacionados abaixo:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - **FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS** - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF)[...] **O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.** - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). [...] O direito à saúde – [...] representa consequência constitucional indissociável do direito à vida [...] A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - (RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409, grifo-se).

É claro, no texto acima, que o Supremo Tribunal Federal tem concedido aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais mesmo que não tenha feito uso, como fundamentação para esta aplicabilidade, do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

2.2 A dignidade da pessoa humana: um princípio constitucional

O primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, em seu inciso III, institui, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, sendo esse um dos principais pilares das normas jurídicas do país. Apesar da sua importância, é considerado recente na história da formação jurídica brasileira, pois sua previsão expressa somente ocorreu no texto constitucional de 1988, a nossa atual Constituição.

Sua conceituação e origem têm raízes no pensamento filosófico, principalmente de Immanuel Kant, e na doutrina cristã. O cristianismo foi o primeiro a conceber a ideia de que cada indivíduo possuía uma dignidade, perceptível, tanto no Velho, como no Novo Testamento dentro da máxima cristã de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus e, portanto, dotado de algo divino, de um valor único que lhe é inerente. São Tomás de Aquino pensava a dignidade como “algo inerente ao homem, enquanto espécie; e ela existe *in actu* apenas no homem enquanto indivíduo, portanto, passando assim a residir na alma de cada ser humano” (MORAES, M.C.B. 2003, p. 77). Para São Tomás a efetivação da dignidade de cada um era fruto do exercício da razão, onde cada um deveria olhar para si mesmo, ter consciência de sua origem e agir de maneira condizente e digna.

No pensamento filosófico de Kant, o homem é portador de um valor intrínseco e imensurável e, por conseguinte, não pode ser utilizado como um meio para um fim, mas sim, sempre como um fim em si mesmo, ou seja, o homem não pode ser utilizado como forma de se obter algo, pois possui dignidade, qualidade que não pode ser subjugada ou substituída por algo equivalente, até porque nada se

equipara a ela (2003, p. 80). A dignidade não pode ser valorada e, diante de fatos que a firam, não existem valores há serem pagos que possam restabelecê-la ou neutralizá-la.

É algo que está em cada ser humano de maneira igual e por isso faz-se fundamental que exista um respeito mútuo entre os homens. Na tentativa de descrever o que é o direito Kant explicita que todos devem agir de acordo com a lei universal, ditando a seguinte regra “age exteriormente de tal modo que o uso livre do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal” (KANT, 2005, p. 41).

A efetivação da dignidade é algo a ser vivenciado na sociedade e, apesar de todo o ser humano ser portador de dignidade, nem todos são iguais em sua condição física ou mental e necessitam ter suas dificuldades reconhecidas e protegidas para que tenham a sua dignidade respeitada de forma plena. É importante que o agir de cada um, que representa um direito, atenha-se ao limite de onde começa o direito alheio, agindo de tal forma a respeitar as diferenças de cada um.

A formulação de um conceito de dignidade humana é algo complexo. É possível que maioria dos homens, considerados o senso comum, saiba identificar situações que respeitam ou denigrem a dignidade, mesmo sem saber expor em palavras organizadas o que é este valor intrínseco. No entanto, talvez seja possível abarcar toda a profundidade da dignidade da pessoa humana no conceito transcrito abaixo, elaborado por Sarlet:

*[...] temos por dignidade da pessoa humana **qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.*** (SARLET, 2012, p. 73, grifo do autor).

A dignidade da pessoa humana assim como os direitos fundamentais foi ganhando contorno com a evolução sociedade. É também uma construção histórica da evolução do mundo e provavelmente ainda sofrerá modificações e readaptações com o passar dos anos.

Conforme referido, a dignidade da pessoa humana é um dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, representando, assim, uma norma. Alexy divide as normas em deontológicas (regras e princípios) e axiológicas (valores), afirmando que a dignidade é uma norma axiológica, um valor, e tem como pressuposto o conceito do que é bom, podendo, variar devido a diversidade de critérios que são utilizados para definir o que é bom (ALEXY, 2011, p. 145).

Há de se analisar, contudo, que a dignidade da pessoa humana está positivada no ordenamento jurídico, o que nos leva a considerar também a ideia de Sarlet a esse respeito e acrescentá-la neste âmbito. Ingo W. Sarlet entende que a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental “transparece não conter apenas um caráter ético e moral, constituindo uma norma jurídico-normativa” (apud NICOLAO, 2010, p. 131), ou seja, evidencia também característica deontológica, apesar de ser principalmente axiológica.

Além desta distinção entre valor e norma, Robert Alexy ainda faz distinção de duas subespécies da norma, o princípio e a regra. Segundo ele princípios não possuem uma aplicabilidade determinada, podem ser utilizados em maior ou menor grau, adaptam-se aos casos concretos. Já as regras tem uma aplicação determinada, ou se enquadram no fato concreto ou não, “se uma regra é válida, em seguida, faz-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contém *determinações* no âmbito fático e juridicamente possível” (ALEXY, 2010, p. 91, grifo do autor). A diferenciação cabe, principalmente, para identificar que no caso de conflitos entre normas, uma eliminará a outra, já no conflito entre princípios nenhum será excluído, apenas um se sobreporá, naquele caso específico, ao outro.

Embora possa haver conflitos entre os demais princípios, tem-se a dignidade da pessoa humana como o de ordem hierárquica mais elevada, pois muitos outros princípios derivam dela.

Como princípio superior do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana, em alguns casos, acaba limitando outros direitos constitucionais. À primeira vista, tal afirmação pode parecer descabida, mas se passarmos a uma análise mais detida se verá que esta limitação é, na verdade, imprescindível. É o caso do direito à liberdade, não há dúvidas da sua importância em um Estado Democrático de Direito, e até mesmo na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana; contudo, há situações em que é necessário que se restrinja de alguma forma essa liberdade.

Se todos fossem totalmente livres e submetidos apenas às suas vontades instalar-se-ia o caos. Para que seja possível a convivência em sociedade, utilizando-se das palavras de Kant, é preciso “fazer coexistir a liberdade do arbítrio de cada um com a liberdade de todos” (KANT, 2005, p. 43), ou seja, a restrição da liberdade decorre da máxima de que o direito de um vai até o limite onde começa o direito do outro. Isso é respeito à dignidade do outro.

Não se desconhece que, no Brasil, houve um período em que o Código Civil foi mais respeitado e utilizado que a Lei Maior do país; da mesma maneira, não se menospreza a importância do direito à liberdade dentro de qualquer ordenamento jurídico. No entanto, dentro de um regime constitucional, este deve respeitar certos limites, para que não fira o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma entende Maria Celina Bodin de Moraes:

No quadro contemporâneo, [...] as limitações deixam de constituir exceção e passam a contribuir para a identificação da função dos institutos jurídicos. A própria noção de ordem pública, sempre invocada como limite à livre atuação do sujeito, teve seu conteúdo redesenhado pelo projeto constitucional, com particular ênfase nas normas que tutelam a dignidade humana e que, por isso mesmo, ocupam a mais alta hierarquia da ordem pública, o fundamento último do ordenamento constitucional. (MORAES, M.C.B. 2003, p. 105).

Como se vê, a dimensão e importância do princípio da dignidade da pessoa humana são incontestáveis no ordenamento jurídico e a sua efetivação envolve o respeito a diversos direitos de personalidade, como direito à vida, à saúde, à integridade física não existindo, por óbvio, um número taxativo de situações nas

quais este princípio será aplicado, já que é dele que provêm todos os outros direitos fundamentais.

2.3 A dignidade humana e o dano moral

Ao nos reportarmos brevemente ao dano moral no primeiro capítulo, elucidamos que a sua ocorrência se dá quando uma ação ou omissão gera dor, sofrimento ou angústia na vítima. Há de se reconhecer, contudo, que a descrição dos sentimentos impostos à vítima pela incidência do dano, não o define juridicamente.

As raízes do dano moral estão, na verdade, na violação dos direitos fundamentais, pois é a partir daí que podemos visualizá-lo. É através da compreensão da dignidade da pessoa humana, base dos direitos do homem, e de seu amplo significado que podemos obter um conceito de dano moral (MORAES, M.C.B., 2003, p. 160).

Ao trazer a dignidade da pessoa humana, cerne dos valores morais e direitos personalíssimos, como um fundamento, a Constituição modificou e expandiu o entendimento do que é dano moral, constituindo-o como a violação desses direitos (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 88). Pode-se dizer, a partir disso, que o dano moral nada mais é do que a violação à dignidade, sendo competência do Direito impedir que ações ou omissões que firam esses direitos ocorram, ou que, caso ocorram, as vítimas sejam compensadas.

Destaca-se a substituição da palavra indenização por compensação. A primeira, apesar da forte ligação com a responsabilidade civil, não é considerada a mais adequada quando se trata de dano moral, pois a sua origem provem do latim, e significa reestabelecer ao estado anterior, referindo-se ao patrimônio, o dano moral, contudo, é extrapatrimonial. Essa foi uma das antigas críticas que o dano moral sofreu, até estabelecer-se de forma concreta no ordenamento brasileiro. Estipular um pagamento a um dano de natureza extrapatrimonial era visto como definir um

“preço para a dor”, ou seja, algo inadmissível e imoral (MORAES, M.C.B., 2003, p. 145-147).

Além disso, também apontava-se a dificuldade de mensuração do dano, a indeterminação das vítimas e a transitoriedade do dano, que seria apagado/curado pelo tempo. Tais argumentos não se mostram de todo refutáveis, já que muitas vezes alguns desses empecilhos são visualizados ao atribuir-se um valor como pagamento pelo dano, no entanto, com a evolução da sociedade e, principalmente do conceito de justiça, tornou-se impossível ignorar o dano moral, já que o que está sendo pago não é a dor, mas sim a vítima (MORAES, 2003, p. 146-147).

Atualmente, com a nova redação constitucional, é inconcebível que algo que fira os direitos personalíssimos e a dignidade da pessoa humana, gerando uma gama de sensações negativas e angustiantes não seja passível de ressarcimento, visto que, geralmente aquilo que magoa, humilha e nos faz sofrer é algo que fere a dignidade humana.

A doutrinadora Maria Celina Bodin de Moraes destaca que:

É efetivamente o princípio da dignidade humana, princípio fundante de nosso Estado Democrático de Direito, [...] a cláusula geral de tutela da personalidade humana, segundo a qual as situações jurídicas subjetivas não-patrimoniais merecem proteção especial no ordenamento nacional, seja através de prevenção, seja mediante reparação, a mais ampla possível, dos danos a elas causados. A reparação do dano moral, transforma-se, então, na contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha (MORAES, M.C.B.,2003, p. 132).

A dimensão e importância do princípio da dignidade da pessoa humana são imensuráveis e a sua efetivação envolve o respeito a diversos direitos de personalidade, como direito a vida, a saúde, a integridade física entre outros, “hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos [...]” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 90). É possível dizer, que com a ampliação da ideia de dano moral pela Constituição, esse deixou de ser representado apenas pela presença dos sentimentos de humilhação, desconforto ou angústia psicológica e passou a estar fortemente ligado à dignidade

da pessoa humana. Esta também é a base do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao decidir sobre questão relacionada ao dano moral:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, LANÇAMENTO DE VALORES INDEVIDOS NO CARTÃO DE CRÉDITO - FRAUDE. ESTORNO DOS LANÇAMENTOS. AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO DO NOME DA PARTE AUTORA NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. MERO DISSABOR. A situação narrada nos autos, consistente no lançamento de compras não efetuadas pelo consumidor em seu cartão de crédito, os quais foram estornados, caracteriza mero dissabor ao consumidor e não gera o dever de indenizar, pois não demonstrada qualquer situação de violação aos corolários da dignidade da pessoa humana, como a honra, imagem, intimidade e vida. Negativa de seguimento à apelação. (Apelação Cível Nº 70055895106, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 15/08/2013).

Como referido no capítulo I, para a caracterização do dano moral não é necessária a prova do dano, bastando apenas que determinada conduta viole a dignidade humana da vítima, que é atributo inerente ao indivíduo, e como tal, deve ser primordialmente respeitado, pois o ato que ocasionar-lhe lesão, além de estar atingindo um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, também configura dano moral.

Diante dessa nova concepção, a possibilidade de um ato afetar algum dos direitos de personalidade, configurando dano, torna-se mais elevada, pois o desdobramento e a amplitude desses direitos fazem com que existência de condutas que os firam sejam mais frequentes. (DIAS, M.C.B, 2011, p. 118), de modo, que sempre haverá uma nova hipótese sendo criada.

Impende ressaltar, mais uma vez, que esta proteção ao indivíduo e a sua dignidade, não pode dar azo à banalização deste instituto, conforme explica Maria Celina Bodin de Moraes:

A importância de conceituar dano moral como lesão à dignidade humana pode ser medida pelas consequências que gera [...] toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana [...] que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado (MORAES, M.C.B., 2003, p. 188).

Entretanto, não será toda e qualquer situação de sofrimento e transtorno que irá impor a reparação, mas apenas situações realmente graves que atinjam a dignidade da pessoa humana. Deve-se assegurar a mais ampla proteção do ser humano, sem transformar o dano moral no que os antigos críticos temiam, em um mercado da dor.

3 A POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL PELA TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV NO RELACIONAMENTO AFETIVO AMOROSO

Antes de tratar especificamente sobre a configuração do dano moral pela transmissão do vírus HIV, impende que se destaquem algumas referências sobre o relacionamento afetivo amoroso e a sua transformação ao longo dos anos. Também cabe elucidar alguns pontos acerca da AIDS, como ela surgiu, suas formas de transmissão e consequências na saúde física e psicológica das pessoas.

Após estas considerações, este capítulo esclarece se há a possibilidade de configuração de dano moral pela transmissão do vírus HIV, avaliando a possibilidade de uma responsabilização objetiva, por se tratarem os bens atingidos de direitos fundamentais e indisponíveis, assim como também analisa a responsabilização sob uma perspectiva subjetiva, nos casos em que os parceiros das vítimas agiram com dolo ou culpa.

3.1 Os relacionamentos afetivos amorosos e a AIDS

Os relacionamentos afetivos amorosos sempre existiram em todos os tipos de sociedade. É intrínseco ao ser humano o desejo de relacionar-se com outras pessoas e viver em sociedade. O desejo de formar uma família é até mesmo instintivo (ESPÍNDOLA, 2010, p. 36-37). O ser humano busca na formação desse elo a sensação de que algo foi preenchido e está completo. Essa busca pela felicidade através da união de duas pessoas veio, ao longo dos anos, evoluindo, expandindo e transformando-se, conforme as mudanças ideológicas da sociedade.

3.1.1 Os relacionamentos afetivos amorosos e a sua transformação ao longo da história

No passado, os relacionamentos amorosos, ao menos aqueles socialmente aceitos, confundiam-se com a instituição do casamento e a formação de uma família. Há duas teorias que tratam da origem da família, uma atribui a formação da família a uma questão religiosa, e a outra, a uma questão materialista.

A Teoria Criacionista, baseada em fundamentos bíblicos, leva esse nome pela ideia de que Deus criou o mundo e tudo o que existe nele é fruto da sua vontade, inclusive o ser humano. É possível visualizá-la através da seguinte passagem:

E Deus criou o homem à sua imagem; à imagem de Deus ele o criou; e os criou homem e mulher. E Deus os abençoou e lhes disse: “Sejam fecundos, multipliquem-se, encham e submetam a terra; dominem os peixes do mar, as aves do céu e todos os seres vivos que rastejam sobre a terra”. (Gênesis, capítulo 1, versículos 27-28).

Dessa forma, segundo a Bíblia, nascia a primeira relação entre um homem e uma mulher do universo. A importância desta teoria não está na sua base religiosa, mas sim pelo seu conteúdo, que se refere às uniões familiares e os deveres conjugais inseridos nos ensinamentos da Bíblia Sagrada, pois é nas páginas deste livro milenar que podemos visualizar as primeiras hipóteses de responsabilidade civil no âmbito familiar da vida a dois (PARODI, 2007, p. 35).

A segunda teoria tem suas origens na cultura romana, na qual a família era formada a partir do casamento monogâmico. A união entre duas pessoas de sexos diferentes tinha a função de manter as tradições sociais, gerar filhos e construir um lar. “O vínculo era humano, estatal e divino” (2007, p.36).

Com a expansão da cultura católica, a estrutura da família romana foi absorvida e aprimorada pelas bases cristãs, mantendo a maioria de suas características e crescendo-se da valorização aos princípios espirituais.

No Brasil, até mesmo pela sua pouca idade histórica, o modelo relevante mais antigo de família é o modelo oitocentista. Com raízes na família romana, possuía os mesmos valores éticos e morais, permanecendo com a adição do vínculo divino. O casamento era considerado a única fonte autorizadora do sexo (PARODI, 2007, p.41).

O modelo atual é o chamado modelo eudemonista, consignado na Constituição Federal de 1988, que “tratou de afastar velhos conceitos e dogmas, deixando de se ocupar com tradições e, trazendo ao bojo da lei, a realidade fática, daquilo que o cidadão há muito já havia absorvido no cotidiano” (2007, p. 45), ou seja, os diferentes tipos de família e de envolvimento amorosos.

O relacionamento amoroso, por muito tempo, foi considerado como algo que deveria seguir um modelo pré-determinado intimamente ligado a valores morais e religiosos. Um sentimento que nascia somente entre um homem e uma mulher, era consagrado pelo casamento e a partir deste momento, tornava-se um laço inquebrável. Havia regras a serem seguidas e apenas aqueles que as cumpriam rigorosamente tinham uma relação aceita, que se enquadrava nos parâmetros sociais.

Hoje, é possível afirmar que não existe esse modelo. O relacionamento afetivo amoroso tomou outras proporções, é caracterizado por uma concepção mais liberal, aceito entre pessoas do mesmo sexo e não é mais considerado uma relação eterna. Conforme preceituam Dilcio Guedes e Larissa Assunção:

O relacionamento passa a ser subjetivado como um vínculo emocional íntimo balizado pela satisfação mutuamente extraída, podendo ser finalizado unilateralmente, em qualquer momento da relação. A intimidade é o mecanismo que sustenta o laço comunicativo e afetivo, ante as possibilidades de problemas desestruturadores da relação e, embora haja um compromisso interpessoal, esse não garante a durabilidade da relação (GUEDES; ASSUNÇÃO, 2006, p. 408-409).

Atualmente, os relacionamentos configuram-se não pela realização de um culto religioso ou pelo cumprimento de formalidades legais, mas sim pela intimidade,

pelo laço afetivo e a convivência. De forma que, são considerados relacionamentos afetivos amorosos, dentro da proposta deste trabalho, o casamento, a união estável e o namoro, sendo irrelevante se essa relação é homossexual ou heterossexual.

Os relacionamentos modernos têm características diferentes. Há muitos casais que não exigem fidelidade um do outro ou não acham necessário casar-se. As maneiras de se relacionar são um pacto entre o casal e não estão convencionadas a formas com contornos determinados. O que não se modificou com o passar do tempo foi o compromisso moral existente entre essas duas pessoas, já que para haver um relacionamento amoroso pleno e saudável é imprescindível, além do amor, o respeito e consideração pelo outro como ser humano, pois primeiramente antes de ser um casal, são pessoas sob a tutela de um Estado Democrático de Direito e detentoras de inúmeros direitos que devem ser respeitados.

3.1.2 A AIDS: aspectos biológicos e psicológicos

SIDA, como é conhecida internacionalmente a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, foi identificada nos anos 80. Seus sintomas foram inicialmente estudados em um grupo de cinco homossexuais americanos e, assim que foi divulgada, tornou-se amplamente conhecida e recebeu o *status* de “praga homossexual”, uma “maldição” exclusiva de quem era considerada a escória da sociedade e por pouco não foi chamada de síndrome da imunodeficiência homossexual (RUSSO, 2003, p. 13).

Ainda hoje esta ideia acompanha a sigla AIDS, como reflexo da concepção inicial que se tinha da síndrome. Embora já esteja comprovado que não existem grupos de risco, mas sim comportamentos de risco, muitas pessoas ainda a consideram exclusivamente ligada aos homossexuais, viciados em drogas injetáveis, prostitutas e pessoas com vários parceiros sexuais.

Como expõe Gláucia Russo:

[...] o HIV/AIDS causa tantos danos físicos quanto morais, expõe a intimidade das pessoas, à medida que traz à tona a sexualidade e o uso de drogas, mata os indivíduos social e fisicamente, dessa forma, embora tenham mudado, as representações sobre a doença, em sua grande maioria, continuam envolvidas em um alto grau de desconhecimento e desinformação, o que torna a vida das pessoas que convivem com esta ainda mais difícil. [...] Os danos a essas pessoas são de vários tipos, indo desde prejuízos patrimoniais até prejuízos morais. (2013, p. 20).

A AIDS é causada pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV). Este vírus ataca o sistema imunológico da pessoa infectada, deixando-a suscetível a inúmeras outras doenças e infecções, denominadas infecções oportunistas. Essas infecções dificilmente são contraídas por pessoas saudáveis, ou caso isso ocorra, são facilmente repelidas, mas para os soropositivos podem ser mortais, pois seu corpo está praticamente sem defesa. O vírus torna o sistema imunológico ineficaz deixando-os debilitados e com a saúde comprometida (AZEVEDO, 2002, p. 34).

Segundo o Departamento de DST, AIDS e Hepatite Viral do Ministério da Saúde, numa estimativa do boletim epidemiológico de 2011, o Brasil tem 608.230 casos registrados de AIDS, sendo que, destes, 65,4% são do sexo masculino e 34,6% do sexo feminino. Na região sul, a incidência é de 28,8 casos para cada 100 mil habitantes, a taxa mais alta das cinco regiões do Brasil. No entanto, o maior número de casos concentrados está na região sudeste (56%) devido à densidade demográfica daquela região (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012a, p. 10;44).

Em 2011, aproximadamente 1.383 portadores do HIV morreram somente no Estado do Rio Grande do Sul. Desde o primeiro caso notificado nesse Estado, em dezembro de 1983, até o ano de 2011, morreram 23.776 soropositivos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012b, p. 13).

Números tão elevados são consequência da facilidade da transmissão do vírus, que ocorre quando determinados fluídos do organismo entram em contato com a corrente sanguínea.

As maneiras mais comuns de transmissão são por meio de relações sexuais, compartilhamento de seringas contaminadas ou por nascer de uma mãe infectada, caso em que a infecção pode ocorrer antes, durante ou depois do parto. A transmissão também pode se dar pelo recebimento de doações de sangue, de leite

materno e de outros órgãos ou tecidos que contenham o vírus em quantidade suficiente para que ocorra a transmissão. Embora o vírus possa ser encontrado também na saliva e na lágrima, especialistas garantem que esses fluídos não oferecem risco de contaminação por portarem uma concentração muito baixa do vírus (AZEVEDO, 2002, p. 36). Até hoje não existe nenhum caso documentado em que a transmissão do vírus tenha se dado dessa forma.

Ser portador do vírus da imunodeficiência humana não significa ter AIDS. Muitas pessoas, apesar de soropositivas, passam anos sem desenvolver os sintomas da doença. Conforme a Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS, a infecção pelo vírus transforma-se em AIDS quando o número de células de defesa, que normalmente está entre 500 e 1.500, encontra-se abaixo de 200 células por milímetro cúbico de sangue (SPEROTTO, 2010, p. 15), ou quando a pessoa apresenta sintomas como perda de peso e fadiga extrema e desenvolve alguma infecção oportunista.

Ainda não existe cura para a AIDS. No entanto, existem medicamentos chamados anti-retrovirais, que, apesar de não eliminarem o vírus, retardam o desenvolvimento da doença e a velocidade com que ela danifica o sistema imunológico da pessoa, no entanto, não possibilitam a cura. Segundo o Ministério da Saúde “O Brasil investe anualmente 800 milhões [de reais] na aquisição de antiretrovirais, garantindo o tratamento de todos aqueles que necessitam” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012c, p. 11).

Há também medicamentos que previnem e tratam as infecções oportunistas e que, dessa maneira, têm oferecido uma maior qualidade de vida aos portadores da doença. Contudo, apesar dos avanços nos tratamentos, “alguns desafios relacionados ao desenvolvimento de sofrimentos psíquicos e transtornos mentais permanecem” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012d, p. 13), pois mesmo com todo o avanço tecnológico e científico e a disseminação de informações sobre a doença, grande parte das pessoas portadoras do HIV sofrem preconceito na família e nos grupos sociais.

Muitas se isolam em vista das dificuldades de iniciar novos relacionamentos afetivos, sociais e sexuais, bem como compartilhar o diagnóstico positivo, com medo de serem rejeitadas. Aquelas que se encorajam na retomada dos seus projetos de vida não raro vivenciam conflitos e situações de constrangimento, vulnerabilidade e desrespeito aos seus direitos de cidadania. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012d, p.12).

Juntamente com os danos físicos os portadores do HIV tem que enfrentar a estigmatização social. O medo que as pessoas têm de serem contaminadas incentiva o preconceito e a discriminação. Essas situações às quais os soropositivos são submetidos diariamente aumentam consideravelmente a possibilidade de desenvolvimento de algum tipo de doença psicológica, devido à baixa autoestima e à perda de identidade social.

A AIDS no imaginário popular segue um percurso que provoca efeitos mais devastadores do que a infecção pelo vírus HIV, pois junto a este nasce um outro “vírus” ligado ao preconceito e ao pânico, um vírus mais letal, que faz mais vítimas que a própria doença, pois nega a dignidade aos seus portadores. (RUSSO, 2003, p. 16, grifo do autor).

A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida envolve os direitos mais básicos e fundamentais do ser humano, a vida, a saúde e a dignidade. Ser portador do vírus HIV, na maioria das vezes, é ver tudo isso negado. É aprender a conviver, além das sequelas físicas, com a discriminação e o preconceito.

3.2 A configuração de dano moral pela transmissão do vírus HIV nos relacionamentos afetivos amorosos

O dano moral, como já referido, ocorre quando há a violação da dignidade. É a consequência jurídica aplicada a uma situação que viola algum direito fundamental, provocando dor, angústia ou sofrimento psicológico na vítima.

O dano moral tem como causa a *injusta* violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através de cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana. (MORAES, M. C. B., 2003, p. 132-133)

Ana Cecília Parodi sustenta que no passado havia certo receio, por parte dos tribunais do país, de reconhecer o dano moral entre duas pessoas amorosamente envolvidas e condenar um dos parceiros a indenizar o outro. Afirma ainda que, apesar de relativamente superado este o preconceito inicial, os tribunais do país ainda mostram-se cuidadosos quando trata-se da condenação por danos morais envolvendo duas pessoas que mantiveram um relacionamento amoroso, sob o argumento de que tais decisões incentivarão a “mercantilização” das relações amorosas (PARODI, 2007, p. 513)

Os casos mais comuns da aplicação da responsabilidade civil em relacionamentos amorosos são os concernentes a rompimento de noivado ou promessa de casamento. Contudo, conforme esclarece Rui Stoco, não basta o rompimento para haver a responsabilização.

Só ruptura do noivado por qualquer dos noivos ou o não cumprimento da promessa de casamento não enseja reparação, [...] o relacionamento entre duas pessoas, livre de qualquer coação, ameaça ou engodo, visa estabelecer vínculos afetivos mais aprofundados, de modo a conduzir à união formal pelo casamento. Não havendo tal afinidade, nada impede e tudo se sugere que se rompa o liame preliminar. [...] Assim, esse rompimento, quando normal e civilizado não tem o condão de ofender a moral ou a honra da pessoa, apta a configurar ato ilícito, posto que tal ruptura prende-se aos riscos e à fragilidade de tais relacionamentos. [...] Como se vê, a obrigação de compensar a ofensa ocorre não exatamente por se tratar de rompimento de noivado, mas por força de comportamento que atinge bens imateriais caros e importantes, como a dor, a humilhação, o desprezo, a angústia e agressão à honra e à imagem da pessoa, casos em que, em qualquer outra hipótese, diversa daquela aqui tratada, a reparação se imporia. (STOCO, 2011, p. 1007).

Percebe-se que não é o rompimento do compromisso ou do noivado em si que possibilita a condenação por dano moral, pois não há nesses casos tutela jurídica do noivado, mas sim da dignidade da pessoa humana, o que possibilita a aplicação da responsabilidade civil são as circunstâncias em que o rompimento se deu.

O relacionamento amoroso é um pacto entre o casal que de livre e espontânea vontade, escolheram um ao outro. Consubstancia-se em um compromisso moral existente entre essas duas pessoas e para que seja pleno e saudável é imprescindível, além do amor, o respeito e consideração pelo outro como ser humano.

A nossa Constituição instituiu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e sua efetivação envolve a observação de diversos direitos. É a ofensa a esses direitos intrínsecos ao ser humano, que configura o dano moral, assegurando-se também, pelo texto constitucional, através dos incisos V e X¹⁵, do artigo 5º, a compensação por esses danos.

Se o rompimento de um noivado, que aparentemente não é algo tão reprovável, pode violar a dignidade humana e dar causa ao dano moral, dependendo

¹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

da maneira como ocorre, quanto mais a transmissão do vírus HIV, que se dá dentro do relacionamento amoroso, quando ainda não ocorreu o rompimento do vínculo entre os envolvidos, e eles ainda devem guardar os deveres morais, implícitos a uma relação.

Os danos físicos sofridos pelos portadores do HIV são devastadores. Do mesmo modo, os danos psicológicos, apesar de menos visíveis, podem ser igualmente letais. A Fundação Oswaldo Cruz, em 2008, realizou uma pesquisa com 1.260 pessoas em tratamento antirretroviral e constatou a sua degradação psicológica. As que mais sofrem são as mulheres. Destas, 33% alegaram ter grau intenso ou muito intenso de tristeza e/ou depressão, e 47% de ansiedade e/ou preocupação. Entre os homens os índices são um pouco mais reduzidos, de 23% e 34%, respectivamente. O intrigante é que quando inquiridas sobre a sua saúde física, a maioria das pessoas comparou o momento ao de quando descobriu ser soropositiva e considerou estar bem, comprovando que, com o tratamento e a melhora das condições imunológicas, o estigma que permanece adoecendo estas pessoas são os problemas sociais e psicológicos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009).

Ainda, incentivadas a elencar as perdas sofridas com a doença, citaram a piora nas condições familiares e na aparência física, a discriminação social e familiar e a perda do emprego (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009), demonstrando que o preconceito e a discriminação são enfrentados diariamente e até mesmo no âmbito familiar, na qual, supostamente, deveriam encontrar apoio para reerguer-se do impacto do diagnóstico e conseguir viver dignamente.

Devidamente evidenciado que ser portador do vírus HIV é ter violados muitos de seus direitos de personalidade, o que impossibilita a vivência plena do princípio da dignidade humana, é consequência lógica que aquele que, ao exercer uma conduta que imponha esse tipo de sofrimento a alguém, deva ser responsabilizado também moralmente pelos seus atos, pois, além da violação do princípio da dignidade humana, que possibilita a compensação por dano moral, estão também presentes os outros elementos da responsabilidade civil, como a ação ou omissão e o nexo causal.

Ainda mais grave é essa situação dentro de um relacionamento afetivo amoroso, no qual, se supõe haver uma esfera de amor e confiança entre os envolvidos, além dos deveres morais implícitos. Quando um parceiro transmite ao

outro o HIV, tendo condições de evitar, trai a confiança, o afeto e o companheirismo existentes no relacionamento, agindo de maneira sorrateira, pois o “ataque” vem de onde o outro jamais poderia supor, justamente pelo laço amoroso que aparentemente os unia.

Nestes casos, ainda mais imprescindível é a aplicação da responsabilidade civil para compensar os danos causados. Ressalta-se que esta responsabilização é somente uma forma de compensação, pois após a contaminação pelo vírus causador da AIDS não é possível o retorno ao estado anterior, restando apenas que o valor fixado a título de dano moral compense, na medida do possível, a lesão causada.

3.3 A configuração do dano moral na transmissão do vírus HIV decorrente da ofensa a direitos fundamentais indisponíveis

A felicidade, a realização e a sensação de estar completo, de se encaixar no mundo é o que todos os casais esperam ao envolver-se em um relacionamento afetivo amoroso. Mas e quando este sonho torna-se um pesadelo? Quando se descobre que um parceiro transmitiu ao outro o vírus mortal do HIV? Caso isso ocorra, não há mais nada a ser feito para que se restabeleça o *status quo ante*, não existe desinfecção ou cura para os soropositivos. Resta apenas avaliar, aplicando-se as normas do ordenamento jurídico brasileiro, quais casos podem ensejar algum tipo de compensação pelos danos morais que certamente ocasionarão.

Os soropositivos têm os seus direitos mais básicos atingidos. Ainda não existe cura para a AIDS e o enfraquecimento do sistema imunológico do infectado lhe causa danos físicos e lhe nega o direito à saúde e muitas vezes à vida, assim como o preconceito, a vergonha e a humilhação lhe negam o direito à dignidade.

O direito à vida, como elucidamos no capítulo 2, é considerado indisponível, irrenunciável e intransmissível. É inato ao ser humano e ninguém tem o direito de tirar a vida de outrem, nem mesmo próprio titular desse direito. Pertence a cada um,

é uma qualidade essencial e inerente, mas existe como um direito e não como uma liberdade, não se podendo dispor dele como bem entender (ROBERTO, p. 343-344).

Previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, o direito à vida é um direito essencial. Seu pleno exercício, conforme leciona Alexandre de Moraes, depende do devido respeito à dignidade da pessoa humana, a integridade física e ao direito a saúde.

O direito a vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito para a existência e exercício de todos os demais direitos. [...] O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como *direito a um nível de vida adequado com a condição humana* [...]. (MORAES, A., 2011, p. 80, grifo do autor).

O direito à vida não se limita apenas ao direito de existir, mas também abrange os demais direitos, não consistindo apenas no direito de viver, mas sim de viver com dignidade. As pessoas infectadas pelo vírus HIV seguidamente são tratadas como a escória e tem muitos de seus direitos violados. A AIDS, além de ser uma moléstia sem cura, traz consigo uma carga extremamente pesada, impondo aos soropositivos muito mais do que debilidades físicas.

Por todo o exposto, não restam dúvidas da importância dos direitos que são atingidos quando uma pessoa é contaminada com o vírus HIV. Mas será que isso justifica que se responsabilize o parceiro que a infectou sem que se perquirira se este agiu com dolo ou culpa? Acredita-se que não.

Imputar à alguém a responsabilidade pela transmissão do vírus causador da AIDS, sem analisar as circunstâncias em que o fato ocorreu é aplicar ao caso a responsabilidade objetiva, o que não cabe nessa situação.

Como já estudado, a responsabilidade objetiva tem fundamento na teoria do risco e a sua aplicação. Como bem esclarece José Cretella Júnior, “ultrapassa o círculo de possibilidades humanas para filiar-se ao engenho, à máquina, à coisa, pelo caráter impessoal e o objetivo que o caracteriza” (apud, CAVALIERI FILHO, 2012, p. 152-153). Ademais, conforme o parágrafo único do artigo 927 do Código

Civil, a responsabilidade objetiva só é admitida nas hipóteses previstas na lei, e a transmissão do vírus HIV não é umas delas.

Portanto, considera-se que apesar da gravidade do fato e da indiscutível importância dos direitos à vida, à saúde e a dignidade humana, para que uma decisão se enquadre nas normas do país, deve analisar a transmissão do vírus HIV em um relacionamento afetivo amoroso sob a perspectiva da responsabilidade subjetiva.

3.4 A configuração de dano moral decorrente da transmissão do HIV na conduta culposa e na conduta dolosa

Como visto, a transmissão do vírus HIV não é um tema a ser tratado sob a ótica da responsabilidade objetiva. Por isso, se deve analisar quais as situações dentro de um relacionamento afetivo amoroso que podem ocasionar a contaminação de um parceiro pelo outro, definindo quais casos geram o dever de reparação, a partir da aplicação da responsabilidade subjetiva.

3.4.1 Da transmissão culposa

Em um relacionamento afetivo amoroso, a transmissão do vírus HIV só pode ocorrer de forma culposa se o parceiro não souber que é portador do vírus, pois, caso contrário, se ele souber e não comunicar a vítima, a sua conduta será dolosa, tema que será objeto de análise no próximo tópico.

A culpa no sentido estrito, como já elucidado no primeiro capítulo, é a violação de um dever de cuidado que ocorre por meio de uma conduta imprudente, negligente ou imperita (STOCO, 2011, p. 158). As formas de exteriorização da

conduta culposa que melhor se enquadram dentro do contexto deste trabalho são a negligência e a imprudência. A primeira nada mais é do que a falta de cuidado que decorre de uma omissão e a segunda a falta de cuidado que decorre de uma ação.

Um exemplo de comportamento negligente e imprudente, segundo Marco de Almeida Villaça Azevedo, seria o de alguém que, apesar de não ter conhecimento da sua soropositividade, tenha uma vida promíscua, com diversos(as) parceiros(as) sexuais sem proteção, ou pratique algum dos outros comportamentos considerados de risco, como ser usuário de drogas injetáveis (AZEVEDO, 2002, p. 74).

Azevedo sustenta que, neste caso, embora não saiba que é portador do vírus HIV, ao manter relações sexuais, sem a devida proteção, com quem está envolvido amorosamente, ou mesmo com pessoas aleatórias, estará agindo culposamente. Ao comportar-se dessa forma, estará sendo negligente e imprudente, pois de acordo com o seu estilo de vida, o resultado é previsível, mas ao desconsiderar o dever de cuidado, acaba causando ao outro um dano de enormes proporções.

Contudo, considera-se que o entendimento de “comportamento de risco” do autor não condiz de todo com a diversidade de situações que levam a contaminação, pois o termo “promiscuidade” é extremamente subjetivo, podendo ser até mesmo preconceituoso, pois o que é considerado promíscuo em uma sociedade pode não o ser em outra.

Tem-se que o verdadeiro comportamento de risco não é ter diversos parceiros sexuais, mas sim não tomar os devidos cuidados ao manter uma relação sexual. Deve-se eliminar a ideia de que todos os soropositivos são promíscuos, homossexuais ou prostitutas. Como destaca Tatyane Guimarães Oliveira, no Brasil, a AIDS surgiu associada ao que se considerava como:

Comportamentos sociais reprováveis [...] promíscuos e contrários à moral; à comportamentos condenáveis que marcavam seus agentes e os diferenciavam dos demais cidadãos restringindo seus direitos mais básicos, como a dignidade da pessoa humana (OLIVEIRA, 2007, p. 28).

Neste contexto, cabe avaliar, que é perfeitamente possível que um alguém que está em um relacionamento amoroso há anos, resolva trair seu parceiro uma única vez e, ao não usar preservativo acaba por contaminar-se, e posteriormente, contaminar o parceiro também. Alguns podem considerar essa pessoa promíscua por ter traído o parceiro, outros podem considerar a situação normal ou como um pequeno deslize compreensível em vista do tempo em que estava envolvido em um relacionamento, no entanto, não é essa a questão a ser avaliada.

É evidente que neste caso, aquele que transmitiu o vírus poderá ser responsabilizado, inclusive moralmente, mas em virtude de ter traído a confiança do parceiro e desconsiderado o dever de cuidado, causando dano. Portanto, discorda-se, em parte, com o entendimento de Azevedo quando este diz que,

ainda que o lesante alegue que não sabia que era portador do vírus HIV, o fato de integrar determinado grupo de risco [...] deveria supor a possibilidade de estar contaminado pela AIDS (AZEVEDO, 2002, p. 75).

Realmente o agente deveria supor a possibilidade de estar contaminado pela AIDS, mas não por pertencer ou não a determinado grupo de risco, mas sim por ter praticado um comportamento de risco, ou seja, não ter se protegido usando preservativo.

Se um parceiro trai, adquire o vírus e contamina o outro, apesar da existência de deveres morais dentro de um relacionamento afetivo amoroso, não se trata aqui, apenas de uma penalização pela transgressão desses deveres, mas sim de uma responsabilização por um comportamento culposos que causou um dano imensurável, tanto para saúde física quanto mental do outro. Até mesmo porque, quanto à estes deveres, a sua “violação [...] não constitui, por si só, ofensa à honra, e à dignidade [...], a ponto de gerar obrigação indenizatória por dano morais” (DIAS, M. B., 2011, p. 121), entretanto, a violação desses deveres, na situação acima elencada, ultrapassa todos os limites, visto que fere a dignidade humana.

O que origina a obrigação de indenizar é a culpa pela transmissão do vírus causador da AIDS, contudo, justamente por se tratar de um relacionamento afetivo

amoroso, no qual os deveres de lealdade e respeito são inerentes, a sua conduta torna-se ainda mais reprovável, pois “com advento da AIDS, a fidelidade deixou de ser só uma obrigação moral, para se converter também em um ato de respeito a própria vida” (FRANCHINI, 2004, p. 220).

Assim, o mínimo que se espera é que se alguém não cumpre o dever moral da fidelidade, ao menos respeite a vida do companheiro e tome os cuidados necessários, pois, obviamente, não se pode esperar que depois de anos de relacionamento os parceiros continuem usando preservativo em suas relações sexuais, de modo que, apenas o parceiro que manteve relações fora desse âmbito, poderia supor a sua condição de infectado.

Segundo Azevedo, outra é a situação quando o portador do vírus HIV, não sabe da sua situação e também não pratica nenhum dos comportamentos considerados de risco, neste caso, em princípio, não há falar em responsabilidade civil ou indenização por dano moral, pois o resultado era improvável e não existiam elementos que possibilitassem ao parceiro infectado prevê-lo (AZEVEDO, 2002, p. 73).

Como o agente não sabia que era portador do vírus HIV, e nem praticou qualquer comportamento de risco, ou seja, ao manter relações sexuais fora do relacionamento amoroso, sempre tomou os devidos cuidados, não se pode dizer que o resultado seria previsível. É o caso, por exemplo, relatado por Luiz Mott, no qual um cabo da Polícia Militar do Rio de Janeiro “contaminou-se depois de lavar uma viatura em que havia sangue de um acidentado portador do vírus” (MOTT, 2002, p. 161), supondo que esse policial tenha contaminado a sua namorada ou esposa, nessa situação não se visualiza a culpa, pois a sua própria contaminação deu-se por acidente, sem que ele tenha sido negligente ou imprudente e, portanto, não poderia prever o resultado.

Impende ressaltar que existem situações em que, apesar da negligência ou imprudência do agente, o comportamento da vítima também contribui para o resultado. É o caso do parceiro que comunica o outro acerca da sua soropositividade, cumprindo os deveres morais implícitos ao relacionamento afetivo amoroso, mas o outro opta por continuar mantendo relações sexuais sem preservativo.

Nesses casos, Marcos de Almeida Villaça Azevedo defende que “não há que se falar em responsabilidade civil, pois supõe-se que a pessoa vitimada assumiu o risco da contaminação” (AZEVEDO, 2002, p. 73).

Este também é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme se vê na decisão abaixo:

EMBARGOS INFRINGENTES. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. RECONVENÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECONVINDO QUE CONTAMINOU A RECONVINTE COM O VÍRUS HIV SABENDO SER PORTADOR DA DOENÇA. O companheiro que sabe ser portador de doença sexualmente transmissível ainda incurável e causadora de diversas desordens no organismo infectado e, mesmo assim, pratica sexo sem prevenção, pratica ato ilícito. DANO MORAL. PEDIDO INDENIZATÓRIO. Ainda que praticada conduta ilícita com comprovação de dano moral e nexo de causalidade, aquele que pretende indenização não pode atuar de forma manifestamente contrária ao seu direito. No caso dos autos, a reconvinte continuou a união estável após a ciência inequívoca da conduta ilícita do companheiro por mais 04 (quatro) anos. [...] (Embargos Infringentes Nº 70049383375, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 10/08/2012).

De acordo com o Tribunal Gaúcho, neste caso, não há falar em responsabilização, pois a própria vítima colocou-se em tal situação e tinha consciência das consequências, optando por não evitá-las.

3.4.2 Da transmissão dolosa

No Brasil, há inúmeros relatos da transmissão dolosa do vírus HIV em vários estados, inclusive no Rio Grande do Sul. Em Pelotas no ano 1993, um grupo de 27 aidéticos compostos principalmente por homossexuais e prostitutas, conhecidos como “Vampiros da Morte”, obteve notoriedade nacional e ganhou as páginas da

Revista Veja por transmitirem propositalmente a AIDS para outras pessoas (MOTT, 2002, p. 9).

Segundo matérias publicadas nos jornais de São Paulo o estresse emocional ocasionado pela descoberta da contaminação, impulsionava-os a agirem com o objetivo de causar dano e espalhar para o maior número de pessoas, a mesma moléstia responsável por toda a dor, humilhação, medo e preconceito pelos quais eles estavam passando (2002, p. 6).

Para avaliarmos se estamos frente a uma transmissão dolosa do vírus HIV o que interessa perscrutar é se há o conhecimento, tanto do agente quanto da vítima, acerca da situação. Para a transmissão por meio de relação sexual ser dolosa é preciso que o agente saiba da sua condição de portador do vírus e não comunique ao seu parceiro (AZEVEDO, 2002, p. 67).

Quando o agente sabe que é soropositivo também sabe que ao manter relações sexuais com o seu parceiro, sem a devida proteção, estará transmitindo a ele o vírus e o condenando a suportar todas as consequências de ser um soropositivo. É pouco provável, para não dizer impossível, que hoje, passados mais de trinta anos da descoberta da AIDS, alguém desconheça que uma das principais formas da sua transmissão é pela prática sexual, o que torna o resultado totalmente previsível.

O dolo, como já esclarecido posteriormente, caracteriza-se pela “consciência e vontade dirigidas a um fim ou resultado ilícito [...]. É a ofensa a um dever preexistente de forma consciente e desejada” (STOCO, 2011, p. 157). No dolo direito, o agente busca o resultado, ele quer que o dano aconteça e age ou se omite para isso, já no dolo eventual o seu principal desejo não é o resultado, não anseia por provocar o dano, mas o prevê e não se importa nem faz nada para impedir que ele ocorra.

Ao manter relações sexuais sem os devidos cuidados e sem comunicar o parceiro, o agente mesmo que não queira transmitir ao outro o HIV está agindo dolosamente, pois assumiu o risco de fazê-lo.

Se a pessoa tinha conhecimento de que era portadora do vírus HIV e, ainda assim, não avisou nem alertou a outra desse seu estado de saúde, não há dúvida de que existe responsabilidade pela transmissão do vírus, e surge, pois, o dever de ressarcir os danos causados. (AZEVEDO, 2002, p. 67).

Além do dolo, nesse caso também constata-se a violação da confiança e do respeito, implícitos aos relacionamentos.

Entretanto, diversas serão as implicações, se o parceiro infectado comunicou ao outro a sua condição e ambos tomaram os devidos cuidados, mas o que ocasionou a transmissão do vírus foi a ruptura do preservativo, neste caso, a vítima poderá pleitear o ressarcimento pelos danos sofridos junto ao fabricante do preservativo (AZEVEDO, 2002, p. 71).

Tal direito lhe é concedido pelo artigo 12, § 1 do Código de Defesa do Consumidor¹⁶, o qual preceitua que o fabricante responde, independente de culpa, devendo reparar os danos causados, caso o produto apresente defeito decorrente da fabricação quando do seu uso.

Qualquer problema relativo à nocividade ou periculosidade dos produtos e serviços oferecidos ao consumidor, quer seja no que tange a vícios, quer diga respeito a defeito, resolve-se com base na responsabilidade objetiva do fornecedor. Culpa não interessa nos aspectos civis das relações de consumo, com a única exceção da hipótese do § 4 do art. 14 que cuida da responsabilidade do profissional liberal. (NUNES, 2011, p. 207).

Como o explicitado no dispositivo legal, a responsabilidade do fabricante independe de culpa, ou seja, é objetiva, bastando a comprovação do dano, o que é facilmente demonstrado pelas consequências gravíssimas que a AIDS traz. Dessa forma, no caso de ruptura do preservativo decorrente de defeito de fabricação, a

¹⁶ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, 1990).

responsabilidade pela reparação dos danos causados pela transmissão do vírus HIV é do fabricante.

A transmissão dolosa do vírus causador da AIDS também gera consequências no direito penal. Ainda há, contudo, divergências de posicionamento quanto a qual tipo penal deve ser aplicado nesses casos, pois o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm opiniões que diferem neste ponto.

No Habeas Corpus n. 98.712-SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no qual o impetrante que transmitiu o HIV estava sendo acusado pela prática do crime de tentativa de homicídio, tipificado no artigo 121 combinado com o artigo 14, inciso II, do Código Penal¹⁷, o relator Marco Aurélio deferindo em parte o pedido, fundamentou que descabe enquadrar o delito em crime doloso contra a vida quando há expressa previsão deste tipo penal no artigo 131 do referido Código¹⁸, que trata da transmissão de moléstia grave.

Já o Superior Tribunal de Justiça decidiu de forma diferente ao julgar o Habeas Corpus n. 160.982-DF. A ministra Laurita Vaz adotou o posicionamento de que a transmissão dolosa do vírus HIV se trata, na verdade, de lesão corporal grave, tipo penal disposto no artigo 129, § 2, inciso II, do Código Penal¹⁹:

¹⁷ Art. 14 - Diz-se o crime:

Tentativa

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos. (BRASIL, Código Penal, 1940).

¹⁸ Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (BRASIL, Código Penal, 1940).

¹⁹ Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:[...]

§ 2º Se resulta:[...]

II - enfermidade incurável; (BRASIL, Código Penal, 1940).

2. O ato de propagar síndrome da imunodeficiência adquirida não é tratado no Capítulo III, Título I, da Parte Especial, do Código Penal (art. 130 e seguintes), onde não há menção a enfermidades sem cura. Inclusive, nos debates havidos no julgamento do HC 98.712/RJ, o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, ao excluir a possibilidade de a Suprema Corte, naquele caso, conferir ao delito a classificação de "*Perigo de contágio de moléstia grave*" (art. 131, do Código Penal), esclareceu que, "*no atua estágio da ciência, a enfermidade é incurável, quer dizer, ela não é só grave, nos termos do art. 131*".

3. Na hipótese de transmissão dolosa de doença incurável, a conduta deverá ser apenada com mais rigor do que o ato de contaminar outra pessoa com moléstia grave, conforme previsão clara do art. 129, § 2.º inciso II, do Código Penal. (Habeas Corpus n. 160. 982-DF, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Laurita Faz, Julgado em 17/05/2012).

Apesar do exposto acima, não é objeto deste trabalho avaliar qual o tipo penal melhor se enquadraria no caso da transmissão dolosa do vírus HIV, abordou-se o tema apenas para demonstrar a gravidade desta conduta, o que somente comprova o quão cabível é a responsabilização do agente, obrigando-o a compensar os danos que causou, também na esfera civil.

CONCLUSÃO

Para que haja a configuração de dano moral pela transmissão do vírus HIV nos relacionamentos afetivos amorosos, é preciso, primeiramente que estejam presentes os elementos ensejadores da responsabilidade civil, ou seja, a ação ou omissão, onexo causal e o dano. Presentes esses três elementos e ausente qualquer das causas excludentes de responsabilidade, torna-se possível que se busque o ressarcimento ou, no caso de dano moral, a compensação da vítima pelo agente em virtude do dano sofrido.

No entanto, não é qualquer ação ou omissão que resultará em um prejuízo passível de ser considerado dano moral. O conceito de dano moral está entrelaçado à importância que a dignidade humana tem no ordenamento jurídico. Esta é valor intrínseco a cada pessoa, direito de todos e princípio constitucional, sua efetivação decorre do respeito a diversos outros direitos de personalidade, como o direito à vida, a saúde, à integridade física entre outros. A sua relação com o dano moral é indiscutível, pois é a violação deste princípio, causando dor, sofrimento e angústia na vítima que caracteriza o dano moral.

Uma vez configurado o dano moral, não há a possibilidade de se reestabelecer o *status quo ante* ressarcindo-se a vítima, como ocorre quando o dano é exclusivamente patrimonial, pois o bem atingido é algo que não pode ser valorado em nenhuma moeda, é uma qualidade inerente ao ser humano, e por isso não pode ser ressarcido, mas sim compensado, já que o valor que vier a ser pago a título de indenização, jamais restituirá a dignidade da vítima, mas terá como objetivo amenizar o seu sofrimento.

Afirmar que todo o portador do vírus HIV tem a sua dignidade violada, não extrapola, de modo algum, a realidade da sociedade em que vivemos. Ser soropositivo é estar marcado, é carregar dentro de si uma moléstia capaz de exterminar com os sonhos e objetivos que um dia se teve. O medo de contaminar-se e também ser tachado de homossexual, drogado e pervertido, estimula o preconceito dos demais o que impossibilita a maioria ou, em vários casos, todas as

chances de se ter uma vida normal, negando-lhes, dessa forma, os seus direitos mais básicos.

O dano moral é evidente, para soropositivos a dor, o sofrimento e a angústia são diários, pois são estigmatizados no trabalho, no convívio de amigos e até mesmo na própria família. No entanto, quando tudo isso é consequência da conduta de um parceiro com o qual estava envolvido emocionalmente, o dano é ainda mais severo, haja vista ter sido ocasionado por quem estava mais próximo da vítima e por quem ela nutria confiança e afeto.

É inegável a possibilidade de configuração do dano pela transmissão do vírus HIV, sobretudo e ainda mais grave, por ter sido resultado da conduta de um parceiro com o qual a vítima mantinha um relacionamento amoroso. Contudo, no afã de compensar o dano causado, não se pode desconsiderar que para isso é preciso que estejam presentes os elementos da responsabilidade civil, já que a compensação a ser paga a título de dano moral, nada mais é do que a forma de reestabelecer o equilíbrio jurídico, atribuindo-se ao agente a responsabilidade pelo dano e obrigando-o a compensá-lo.

Dessa forma, tem-se que apesar da extrema importância dos direitos fundamentais e principalmente da dignidade da pessoa humana, para que haja dano moral é preciso que se avalie se o agente agiu com dolo ou culpa, ou seja, a responsabilidade nesses casos é subjetiva e não objetiva, já que a responsabilidade objetiva deve ser aplicada de maneira restrita, apenas nos casos estipulados em lei e a transmissão do vírus HIV não é um deles.

Assim, a configuração de dano moral somente ocorre quando o agente age com culpa, onde mesmo apesar de não ter conhecimento do seu estado de saúde teria condições de prevê-lo, ou quando age com dolo, onde o seu objetivo é de contaminar o outro.

O parceiro que pratica comportamentos considerados de risco, os quais se caracterizam pela falta de cuidado, como manter relação sexual, fora do relacionamento, sem proteção ou usar drogas injetáveis compartilhando seringas, tem condições de prever que é portador do vírus HIV e, portanto, ao manter relações sexuais, sem a devida proteção, com quem está envolvido amorosamente, age de maneira negligente e imprudente, pois sabe que pode estar transmitindo o vírus.

Nesses casos, se visualiza o dano moral e é possível imputar ao agente o dever de compensar a lesão a que deu causa.

A segunda situação ocorre quando o agente sabe que é soropositivo e mesmo assim mantém relações sexuais com o seu parceiro sem a devida proteção. A conduta dolosa é evidente, pois o agente sabia que ao agir de tal forma transmitiria o vírus, e queria que isso ocorresse ou, no mínimo não importou-se com esse resultado. Portar-se dessa forma e transmitir a outrem moléstia tão grave quanto é a AIDS é conduta tão reprovável que ultrapassa a esfera civil, produzindo consequências também na esfera penal, sendo, dessa maneira, ainda mais óbvio o dano moral existente.

Ressalta-se que, nos dois casos, somente haverá dano moral se o infectante não comunicou ao infectado a sua condição de portador do vírus HIV ou que praticou/praticava comportamento de risco, caso contrário não haverá responsabilização. Se a vítima tinha consciência da soropositividade ou da possível soropositividade do parceiro e mesmo assim aceitou praticar relações sexuais sem proteção ela própria está praticando um comportamento de risco, está sendo imprudente e negligente e, de certo modo, aceitando o resultado, pois conhecendo-o não buscou evitá-lo.

Outra é a situação quando os parceiros tomam todas as precauções necessárias e mantém relações sexuais apenas com preservativo, mas este se rompe e acaba ocasionando a transmissão do vírus, nesses casos, aplica-se o disposto no Código de Defesa do Consumidor e a responsabilidade é do fabricante do preservativo e não do parceiro soropositivo.

Dessa forma, com o presente trabalho, conclui-se que, quando o parceiro age com culpa ou dolo é possível sim responsabilizá-lo moralmente pelo dano que causou na vítima. Ser portador do vírus HIV é ser obrigado a ver diariamente a sua dignidade violada, e quando esse sofrimento foi imputado justamente por quem se estava envolvido amorosamente, ainda mais abominável é a conduta, sendo justo que o causador deste sofrimento compense, na medida do possível a lesão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.

AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. **Aids e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BÍBLIA. Português. Bíblia sagrada. Tradução de Ivo Storniolo. Rio de Janeiro: Paulus, 1990. Edição Ecumênica.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 11 jul. 2013.

_____. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jul. 2013.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 02 out. 2013.

_____. Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 02 out. 2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 318099-SP**. Relator: Carlos Alberto Menezes de Direito. Brasília, DF, 06 de dezembro de 2001. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 13 jul. 2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 160.982-DF**. Relator: Laurita Vaz. Brasília, DF, 17 de maio de 2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 02 out. 2013.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286-8 RS**. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de setembro de 2000. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 12 set. 2013.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 98.712-SP**. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2010. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 02 out. de 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. A cláusula geral de responsabilidade objetiva do código civil de 2002: elementos para uma tentativa de identificação dos pressupostos de aplicação do parágrafo único do artigo 927 do CC/2002. **Revista Jurídica**, São Paulo: Síntese, n. 400, 2011.

DEGANI, Luis Augusto. et al. As dimensões dos direitos fundamentais e seu perfil de evolução. **Revista Pitágoras**, Nova Andradina, n. 4, v.4, p. 1-9, 2013.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ESPÍNDOLA, Arlei de. O paradoxo da sociabilidade na reflexão de Rousseau. **Cadernos de Ética e Filosofia Jurídica**, São Paulo: Humanitas, n. 16, p.35-56, 2010

FRANCHINI, João Gisberto. Da ocorrência de danos morais entre cônjuges ou conviventes e da sua reparabilidade no direito brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, n. 1, v. 4, p. 199-227, 2004. psiquweb. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/download/371/448+&cd=1&hl=en&ct=clink&gl=br>. Acesso em 27 set. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUEDES, Dilcio; ASSUNÇÃO, Larissa. Relações amorosas na contemporaneidade e indícios do colapso do amor romântico (solidão cibernética?). **Revista Mal Estar e Subjetividade**. Fortaleza, n. 2, v. 6, p. 396-425, 2006. psiquweb. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/malestar/v6n2/07.pdf>. Acesso em 13 out. 2012.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Rideel, 2011.

HACHEM, Daniel Hunder. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais da constituição federal de 1988: 20 anos de obscuridade nas brumas no senso comum teórico. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco**, Porto Alegre, n. 4, v. 1, p. 112-127, 2008.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 2005.

MARQUES, Luis Eduardo Rodrigues. **Gerações de direitos: fragmentos de uma construção dos direitos humanos**. Piracicaba, 2007. psiqweb. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/dissertacoes/a_pdf/disserta_geracao_direitos.pdf. Acesso em 28 ago. 2013.

MATOS, Marilene Carneiros. Direitos e garantias fundamentais a aplicabilidade imediata. **E-Legis**. Brasília, n. 8, p. 66-88, 2012. psiqweb. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/9549/direitos_garantias_matos.pdf?sequence=1. Acesso em 29 ago. 2013.

MATZENBACHER, Solange Regina Santos. Reflexão acerca da responsabilidade civil no direito de família: filho-dano moral x pai-abandono afetivo. E a família?. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, n. 1, v. 35, p. 61-69, 2009.

MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do risco como fundamentos da responsabilidade civil**. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria da Vigilância em Saúde. Departamento de Dst, Aids e hepatites Virais. **Boletim epidemiológico – aids e dst**. Brasília, ano VIII, n. 1, 2012a.

_____. Secretaria da Vigilância em Saúde. Departamento de Dst, Aids e hepatites Virais. **Boletim epidemiológico preliminar– aids e dst**. Brasília, ano IX, n. 1, 2012b.

_____. Secretaria da Vigilância em Saúde. Departamento de Dst, Aids e hepatites Virais. **Política brasileira de enfrentamento da aids: resultados, avanços e perspectivas**. Brasília, 2012c. psiqweb. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_brasileira_enfrentamento_aids_2012.pdf. Acesso em 10 set. 2013.

_____. Secretaria da Vigilância em Saúde. Departamento de Dst, Aids e hepatites Virais. **Atenção e saúde mental nos serviços especializados em dst/aids**. Brasília, 2012d. psiqweb. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_saude_mental_servicos_dst.pdf. Acesso em 10 set. 2013.

_____. Secretaria da Vigilância em Saúde. Departamento de Dst, Aids e hepatites virais. **Pessoas com aids sofrem mais problemas sociais e psicológicos do que com a ação do HIV no organismo.** Brasília, 2009. psiqweb. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/noticia/pessoas-com-aids-sofrem-mais-com-problemas-sociais-e-psicologicos-do-que-com-acao-do-hiv-no->. Acesso em 04 out. 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTT, Luiz. A transmissão dolosa do HIV- AIDS: relatos na imprensa brasileira. psiqweb. Disponível em <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp32art10.pdf>. Acesso em 02 out. 2013.

NICOLAO, Hamilton Pessota. Direitos fundamentais: princípio da dignidade da pessoa humana frente a autonomia privada nas relações entre particulares. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, n. 2, v. 36, p. 123-143, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional.** 7 ed. São Paulo: Método, 2012.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Tatyane Guimarães. **Aids e discriminação:** violação dos direitos humanos. psiqweb. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15775-15776-1-PB.pdf>. Acesso em: 19 out 2013.

PARODI, Ana Cecília. **Responsabilidade civil nos relacionamentos afetivos pós-modernos.** Campinas: Russell, 2006.

RIBEIRO, Antônio Campos. **Responsabilidade pré-contratual.** Revista Direito. Rio de Janeiro: v. 3 n. 5, p. 15-26, 1999. psiqweb. Disponível em http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1999/revdireito1999A/est_responsprecontrat.pdf. Acesso em 16 jul. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70055895106**, da Décima Câmara Cível. Relator: Marcelo Cezar Muller, 15 de agosto de 2013. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 17 set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70055753693**, da Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Gelson Rolim Stocker, 28 de agosto de 2013. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 4 jul. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. O direito à vida. **Scientia Iuris**. Londrina, v. 7, p. 340-353, 2004. [psiqweb](http://www.psiqweb.com.br). Disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11138/9865>. Acesso em 03 out. 2013.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RUSSO, Gláucia Helena Araújo. **Aids: convivendo com um filme de terror?** [psiqweb](http://www.psiqweb.com.br). Disponível em www.uern.br/pdf/RevistaExpressao/RevistaExpressao_2003_1.pdf. Acesso em 10 jul. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SPEROTTO, Sandra Denise de Moura. **Diagnóstico tardio e início do tratamento oportuno do hiv/aids na população do Rio Grande do Sul**. [psiqweb](http://www.psiqweb.com.br). Disponível em <http://www.epidemiologia.ufpel.org.br/uploads/teses/Dissert%20sandra%20sperotto.pdf>. Acesso em 21 set. 2013.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do supremo tribunal federal e nas interpretações da literatura especializada**. [psiqweb](http://www.psiqweb.com.br). Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3105.pdf>. Acesso em 07 set. 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TEIXEIRA, Jônatas Eduardo; SERAFIM, Rafael. **Dolo, culpa e preterdolo**. psiqweb. Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2424/1948>. Acesso em 12 jul. 2013.