INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR “PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES”

RENATA NAYARA LOPES

(IN)FIDELIDADE, (I)MEDIATIDADE E AIDS SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

SÃO JOÃO DEL REI

2014

RENATA NAYARA LOPES

(IN)FIDELIDADE, (I)MEDIATIDADE E AIDS SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Graduado do Curso de Bacharel em Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves - IPTAN, sob orientação do Professor Adriano Marcio de Souza.

SÃO JOÃO DEL REI

2014

RENATA NAYARA LOPES

(IN)FIDELIDADE, (I)MEDIATIDADE E AIDS SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Graduado do Curso de Bacharel em Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves - IPTAN, sob orientação do Professor Adriano Marcio de Souza.

COMISSÃO EXAMINADORA

_____

Prof. Orientador Adriano Marcio de Souza

_____

Prof. Esp. Welinton Augusto Ribeiro

_____

Prof. Mst. Márcio Eurélio Rios de Carvalho

AGRADECIMENTOS

A DEUS, por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades, o que permitiu que tudo isso acontecesse.

Aos meus pais, ANTÔNIO e ELAINE que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

Ao meu irmão ROGÉRIO, que mesmo distante se fez presente, com seu apoio e amor de irmão sem igual.

Aos meus avós, ELZI e JOSÉ, pelo amor e dedicação, o que significou segurança e certeza de que não estou sozinha.

Aos meus AMIGOS, pela paciência, apoio, alegrias e tristezas compartilhadas. Com vocês tudo foi muito melhor!

Ao meu professor orientador ADRIANO, que com paciência e sabedoria me mostrou que sou capaz de alcançar meus objetivos.

Aos meus PROFESSORES, por dividir comigo conhecimentos inigualáveis e que utilizarei por toda a vida.

Aos meus COLEGAS, que de alguma forma fizeram essa caminhada valer a pena.

Ao meu namorado e amigo EDUARDO, que me acompanhou nessa jornada com paciência, me acalmando e me ajudando no que fosse possível.

RESUMO

O referido trabalho tem como finalidade analisar a responsabilidade civil decorrente da transmissão da AIDS no casamento. Importante mencionar que tal contaminação tem aumentado significativamente, revelando que muito mais que uma obrigação moral, o respeito à fidelidade valoriza o respeito à vida. Uma das formas de transmissões é decorrente das relações sexuais, inclusive, no casamento, cuja contaminação vem tendo um aumento significativo, revelando que tal situação vai muito além de uma obrigação moral, para ser também um ato de respeito à vida. Aqui reside um grande problema, vez que até hoje no seio familiar os mecanismos de proteção são “pensados” como um método adotado para evitar somente a gravidez, deixando-se de lado a melhor qualidade de vida no seio familiar. Tal transmissão tem chegado com maior frequência nos tribunais que, inclusive, vêm entendendo se tratar de erro essencial, capaz de gerar a nulidade do casamento, quando um dos consortes é portador do vírus HIV. As pessoas acreditam que com o casamento estariam blindadas do risco de doenças sexualmente transmissíveis, porém a realidade é outra. Considerando que há um crescente aumento no número de pessoas que vivem com AIDS transmitida em decorrência do casamento, se faz necessário estudar a responsabilização do cônjuge culpado para que se possa servir de alerta para a obrigação legal dos cônjuges, o dever de fidelidade.

Palavras-chave: AIDS; casamento; obrigação moral; dever de fidelidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 7

1. SIDA – A SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA..... 9

1.1 Conceito de SIDA (AIDS)..... 9

1.2 Bases históricas do surgimento da SIDA (AIDS)..... 10

1.3 Métodos de prevenção..... 12

1.4 Números da SIDA (AIDS) no Brasil..... 14

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL..... 15

2.1 Conceito de responsabilidade civil..... 15

2.2 Elementos da responsabilidade civil..... 16

2.3 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva..... 23

2.3.1 Responsabilidade subjetiva..... 24

2.3.1.1 Pressupostos da responsabilidade subjetiva..... 24

2.3.2 Responsabilidade objetiva..... 25

2.4 Teorias a respeito da responsabilidade civil..... 26

3. O DEVER DE FIDELIDADE..... 28

3.1 Dever de fidelidade..... 28

3.2 Da imediatidade..... 32

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 35

5. REFERÊNCIAS..... 36

INTRODUÇÃO

A SIDA, também conhecida como AIDS: expressão que causou tanta discussão, atingiu inicialmente os homossexuais, drogados, hemofílicos, grupos conhecidos como de risco. Porém, atualmente, o grupo é a humanidade, vez que verdadeiro flagelo atinge todas as castas, estágios culturais e níveis econômicos.

Portanto, nosso trabalho teve como tema a responsabilidade civil gerada pela transmissão da AIDS decorre da violação do dever de fidelidade, imposto pelo Código Civil que significa que nenhum dos cônjuges pode manter relações extraconjugais.

Indiscutivelmente, o dever de fidelidade é imprescindível para a manutenção de uma sociedade conjugal. Ocorre que a violação a tal dever vem ocorrendo com uma maior freqüência. Essa traição vem acompanhada de uma inconseqüente falta de cuidados, dentre outros, a não utilização de camisinha. Assim, muito além de uma mera aventura amorosa, tal relação fora do casamento tem gerado conseqüências dolorosas, dentre outras o contágio de uma doença sem cura até o momento.

O cônjuge inocente infectado, além de sofrer a dor da traição, passa a ter um sofrimento moral puro. Porém, para que possa ser reparado na órbita moral é necessário que, a partir do conhecimento que fora infectado, tome providências judiciais de forma imediata.

Assim, a monografia foi dividida em três capítulos sendo que no primeiro intitulado - SIDA – A SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA – teve como ponto norteador trazer informações a respeito da doença que já infecta mais de 30 milhões de pessoas, que ficam expostas às intempéries biológicas correndo o risco de vida.

Já no 2º capítulo tivemos a preocupação de apresentar os elementos caracterizadores da Responsabilidade Civil apresentando os elementos necessários para sua configuração, inclusive, as principais teorias envoltas ao tema.

Por fim, no último capítulo teve como finalidade demonstrar que mesmo que ocorrido a prova do ato ilícito decorrente da traição é necessário o rompimento imediato da sociedade conjugal sob pena de configurar o comportamento contraditório.

Nosso propósito foi alertar a necessidade da manutenção do dever de fidelidade no casamento, uma vez que tal transmissão por cônjuges a cada dia está crescendo em verdadeira progressão geométrica.

Esperamos que a ciência possa descobrir uma cura. Em que pese todo avanço científico, leitura de DNA, engenharia genética avançada que subverteu leis naturais não conseguimos ainda vencer a doença. A AIDS (sida) é um tema que fugiu da área científica e ocupa todas as áreas, inclusive, a sagrada família e seu dever de fidelidade.

1. SIDA – A SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA

1.1 Conceito de SIDA (AIDS)

A SIDA, também conhecida como AIDS, é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, uma doença viral que se caracteriza pela ausência de imunidade do corpo humano, e o seu causador é o Vírus da Imunodeficiência Humana (ou HIV). Esse vírus ataca o sistema imunológico da pessoa deixando-a suscetível a todas as formas de doenças e infecções.

É importante esclarecer que ter o vírus HIV não é a mesma coisa que ter a doença, quer dizer que a pessoa é soropositiva; a pessoa infectada não morre disso, mas sim de uma ou mais doenças relacionadas à AIDS que, pelo fato de tornar o sistema imunológico da pessoa fraco, não são combatidas, e em uma pessoa livre do vírus normalmente não causariam a morte.

> Não há dúvida, pois, de que o vírus HIV causa lesões gravíssimas à integridade física da pessoa contaminada, que fica debilitada e com a saúde comprometida, de maneira que pode vir a falecer em razão de uma pneumonia. (AZEVEDO, p. 35).

Sua transmissão ocorre através de relações sexuais (esperma), do sangue, secreções vaginais e do leite materno. Dessas formas de contaminação, podemos dar como exemplos: o compartilhamento de seringas não esterilizadas; doação de sangue; inseminação artificial.

Os efeitos causados pelo vírus HIV são tão devastadores que, quando os sintomas da AIDS aparecem, deixam a pessoa debilitada. Os principais sintomas são a perda acentuada de peso de forma rápida, feridas orais, febres baixas que podem durar semanas, fadiga profunda, que pode tornar a pessoa incapaz de sair da cama, diarréia, irritações de pele, infecções sérias como pneumonia e tuberculose, que geralmente são a causa que levam à morte.

Após receber o diagnóstico da infecção por HIV, o primeiro passo a ser tomado pela pessoa é marcar uma consulta com um especialista em AIDS, no Serviço de Atendimento Especializado (SAE), informando-o seus hábitos de vida,

história clínica e a partir daí realizar exames completos. Dependendo do resultado, pode ser necessário que o soropositivo comece tomando remédios. No SAE também está disponível atendimento psicológico, assistente social, nutricionista, enfermeiros e farmacêuticos.

A opção de tratamento (conhecido como antirretroviral) consiste na utilização de um “coquetel de drogas”, que é composto por pelo menos três medicamentos que reduzem a quantidade de vírus na corrente sanguínea, e pode até reduzir o risco de morte, melhorar a saúde física e mental do portador. A eficácia desse tratamento depende de sua correta manutenção, seguindo horário e alimentação correta, acompanhamento médico. Infelizmente esses medicamentos não possuem apenas lado positivo, pois também podem provocar desconfortos e efeitos colaterais, como diarreias, vômitos, cálculos renais, debilidade, tontura, ardência.

Está mais que claro, mesmo com informações resumidas acerca do vírus HIV que são gravíssimas as lesões físicas no organismo da pessoa contaminada e que é necessário uma atenção e acompanhamento redobrado com elas.

1.2 Bases históricas do surgimento da SIDA (AIDS)

O primeiro contato com a AIDS ocorreu em meados de 1980 nos Estados Unidos, Haiti e África Central, em grupos de usuários de drogas injetáveis e de homossexuais que tinham sua imunidade comprometida sem nenhum motivo aparente. Esses dois grupos apresentavam sintomas de pneumonia, infecção que até então não era comum. A maioria dos pacientes era homossexual masculino e devido a isso foram surgindo diversas hipóteses a respeito do que se tratava, fazendo suspeitar que a doença estivesse relacionada a este estilo de vida. A sociedade da época produziu então a ideia de doença contagiosa, incurável e mortal e estava associada a grupos considerados discriminados e marginalizados (como os citados acima e a prostitutas), colocando-a no campo de doenças malignas, causando preconceito e comportamentos discriminatórios.

A AIDS surgiu de um vírus encontrado no sistema imunológico dos chimpanzés e do macaco-verde africano. O vírus é conhecido como SIV e é altamente mutante, dando origem ao HIV. Esses animais deram origem ao HIV1,

que é a forma mais mortal do vírus. O infectologista Jacyr Pasternak, do Hospital Beneficência Portuguesa, em São Paulo, diz que “é provável que a transmissão para o ser humano aconteceu em tribos da África Central que caçavam ou domesticavam chimpanzés e macacos-verdes”.

De acordo com Daniel Parker, (1990, p.53), como resposta a essa doença, “cientistas europeus e norte-americanos iniciaram uma corrida em busca da descoberta e de possíveis modos de combate ao agente causador da nova síndrome.”

No Brasil, o primeiro caso apareceu em São Paulo, na época de 1980 e, a partir daí, os pacientes passaram a ser diagnosticados e outros casos começaram a ser divulgados pela mídia.

Quando surgiu, a doença não tinha um nome, que foi determinado como SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) ou AIDS (*Acquired Immunodeficiency Syndrome*) em Julho de 1982.

O medo do contágio e o preconceito propagava na sociedade da época. As pessoas que já haviam sido diagnosticadas e outras que estavam com suspeita de terem contraído a doença eram alvo de discriminação e causavam medo na população. A AIDS era associada à coisas erradas da época, como perversão sexual, uso de drogas

.

> As representações sociais são ‘teorias’ sobre saberes populares e do senso comum, elaboradas e partilhadas coletivamente, com a finalidade de construir e interpretar o real. Por serem dinâmicas, levam os indivíduos a produzir comportamentos e interações com o meio, ações que, sem dúvida, modificam os dois. (OLIVEIRA, 2000, p.105).

Em 1985 começaram a surgir as casas de apoio e o atendimento domiciliar como novas formas de abordagem da AIDS. Em 1989, com a entrada em cena de grupos de portadores da doença, os discursos passaram a enfocar não só na prevenção, mas também as pessoas vivendo com ela. Foi nessa mesma época que ocorreu a primeira Conferência Internacional sobre a doença em Atlanta.

É possível entender a gravidade dessa doença por meio de uma abordagem histórica e conceitual, pois muitas idéias iniciais foram determinantes para a formulação de respostas e entendimentos de comportamentos referentes ao HIV e à AIDS.

2.3 Métodos de prevenção

O vírus HIV vem se alastrando cada vez mais rápido e já se encontra entre as doenças mais graves e que mais levam à morte no mundo todo. Infelizmente ainda não existe vacina e um tratamento que cure definitivamente a doença.

As ações preventivas têm origem na análise de tendências das epidemias e na identificação das populações mais vulneráveis. A redução na incidência de infecção pelo HIV é uma prioridade para o controle da AIDS em todo o mundo, baseando na mudança de comportamento, como a fidelidade a um único parceiro, o uso de preservativo e o acesso a equipamentos esterilizados. Porém é necessário novas formas para frear a incidência de novos casos, como afirma Dulce Ferraz, coordenadora do Núcleo de Apoio a Gestão de Projetos da Fiocruz Brasília (NUGP) e pesquisadora do Núcleo de Estudos para a Prevenção da AIDS (Nepaids/USP: “Chamamos a atenção para métodos que possam ir além da camisinha. Ela continua extremamente importante, mas deve haver alternativas”.

Tendo em vista que a AIDS ainda não tem cura, existem meios de prevenção e campanhas, fazendo-se necessário a educação sanitária para modificar os comportamentos sexuais ou de uso de drogas, com o fornecimento de preservativos e objetos esterilizados; é necessário exames para detectar outras DSTs, visto que estas ajudam a transmitir o vírus HIV; utilização de medicamentos, cuidados pré-natais; aconselhamento e testes voluntários (que são confidenciais); prevenção da transmissão pelo sangue.

Os profissionais da área da saúde desempenham um importantíssimo papel na prevenção, pois podem e devem proporcionar informações sobre a doença, aconselhar pacientes, informar sobre os riscos e prevenções. Como a maioria das infecções são transmitidas através de relações sexuais, é importante as pessoas saberem como se proteger e precisam ter acesso aos meios para tal.

O diagnóstico e tratamento de outras doenças sexualmente transmissíveis deveria ser uma das principais formas de prevenção, visto que estas multiplicam os riscos de transmissão e a maioria dessas DST’s podem ser tratadas. Muitos países organizam programas de controle de HIV e DSTs combinados, visto que ambos possuem forma de prevenção semelhantes, como tratamento eficaz e precoce de homens e mulheres a preços acessíveis, aconselhamento de parceiros sexuais,

acompanhamento clínico apropriado, sistemas de vigilância e centros de referência com equipamentos de diagnóstico. É muito importante que os serviços sejam fornecidos de encontro às necessidades das pessoas.

Em caso de prevenção da mãe para o filho (principalmente durante a gravidez), deve-se proporcionar aconselhamento e testes confidenciais durante o pré-natal e se o resultado for positivo, deve ser-lhe proporcionado o tratamento de curto prazo com medicamentos antiviróticos. Bons cuidados e conselhos pré-natais sobre uma boa nutrição são importantíssimos para todas as mães.

A transmissão pelo sangue pode ocorrer em qualquer unidade de saúde através da transfusão de sangue contaminado ou por equipamento não esterilizado e a medida chave para evitar é reduzir as transfusões e melhorar a segurança dos abastecimentos de sangue. O pessoal que saiba ser seropositivo não deve realizar nenhum procedimento invasivo em doentes sem tomar as necessárias medidas de proteção.

Existe uma estratégia implantada no Brasil e que já é usada, como uma forma de prevenção, conhecido como PEP (Profilaxia pós-exposição) que, em caso de pessoas expostas ou vulneráveis à transmissão, faz-se necessário o uso de combinação de antirretrovirais (conjunto de medicamentos, “coquetel”) previamente.

O vírus HIV possui uma alta taxa de mutação, de forma que cada soropositivo carrega diferentes microrganismos, e esse é um dos principais problemas para o desenvolvimento de uma vacina universal para a AIDS.

De forma a objetivar então as formas de prevenção, os parâmetros utilizados consistem na utilização consistente da camisinha; seringas e agulhas não devem ser compartilhadas; toda gestante deve ser orientada a fazer o teste do vírus e, em caso de resultado positivo, ser orientada sobre seus direitos e os da criança; acesso gratuito aos medicamentos antirretrovirais. A boa adesão ao tratamento é condição indispensável para a prevenção e controle da doença.

1.4 Números da SIDA (AIDS) no Brasil

A infecção pelo vírus HIV é considerada um dos maiores problemas de saúde pública por ser uma doença que, no decorrer dos anos, sofre alterações

naturais em seu perfil, o que dificulta encontrar uma cura ou até mesmo uma vacina preventiva.

Em meados de 1980/1990, época da descoberta da doença, a maioria dos casos ocorria entre os homens, porém o número de mulheres vítimas cresceu consideravelmente, tendo como principal via de transmissão as relações heterossexuais.

No Brasil, entre os anos de 1985 e 2011, houve uma incidência e número de casos absolutos, ultrapassando 40 mil casos. Sua maior concentração é em centros urbanos de maior porte e em segmentos sociais específicos, como é o caso dos profissionais do sexo, usuários de drogas, moradores de rua. Alexandre Barbosa, infectologista da faculdade de Medicina da UNESP-BOTUCATU e membro da Sociedade Brasileira de Infectologia afirma: “A cada mil pessoas no Brasil, quatro a seis estão infectadas pelo HIV. Parece pouco, mas quando se calcula pelo total da população, chegamos a cerca de um milhão de pessoas portadoras do vírus”.

O número de AIDS no Brasil é alarmante. Para se ter ideia, em São Paulo, ao menos nove pessoas morrem a cada dia, vítimas das complicações dessa doença e, no país inteiro, 630 mil pessoas estão infectadas com o vírus HIV e desse total, cerca de 230 mil ainda não sabem que são soropositivos. A maioria ainda tem diagnóstico tardio.

Portanto, é importante a realização de campanhas publicitárias a fim de realizar verdadeiro trabalho de prevenção com o objetivo de evitar o crescimento geométrico da doença.

No próximo capítulo, abordaremos os elementos para configuração do ato ilícito civil, necessários para o reconhecimento da reparação civil.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceito de responsabilidade civil

A idéia de responsabilidade é muito antiga e deriva do Direito Romano, com a palavra *spondeo*, que significa uma primitiva obrigação de natureza contratual "pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais por intermédio de pergunta e resposta" (AZEVEDO, 1997, p.272). Essa "pergunta e resposta" originava uma obrigação, à qual o devedor tinha que responder por qualquer descumprimento.

Existem vários julgamentos de responsabilidade que são reflexos da individualidade, por exemplo, do fato exterior social, que é a própria relação de responsabilidade. Na área jurídica temos como, responsabilidade, uma obrigação, em que a pessoa que comete um ato ilícito (autor) tem que indenizar a pessoa que o sofreu (vítima), pelos danos e prejuízos a ela causados. A conduta humana pode ou não obedecer a ordem jurídica, e em caso de desobediência, temos o ato ilícito, lesivo a outrem, o que representa o tema principal da responsabilidade civil.

Azevedo diz que responsabilidade é o "dever de indenizar o dano" e a partir disso conclui que responsabilidade civil é a indenização do "dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposo, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei". (1997, p. 273)

É possível dizer então, de forma geral, que a responsabilidade é uma obrigação e está sempre ligada à ideia de alguma reparação, como conclui Rui Stoco:

> Se resumir for possível, pode-se dizer que a responsabilidade civil traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (neminem laedere) implícito ou expresso na lei." (STOCO, 2004, p. 119).

Conceitua responsabilidade civil de uma forma mais detalhada:

> a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma

> coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (DINIZ, 2003, p. 40).

Para podermos ter a responsabilidade civil, é necessário uma ação, um dano e um nexo de causalidade entre ambos, para aí sim poder atribuir ao autor a responsabilidade jurídica pela indenização. Então, quem vive em sociedade não pode se esquecer que possui o dever de não ofender ou lesar outrem, e aceitar as regras sociais, responder por eventuais danos ou prejuízos causados.

Rui Stoco, em sua obra “Tratado de Responsabilidade Civil” (2004, p.119), traz o entendimento de Silvio Rodrigues que “(...) enfatiza a afirmação segundo a qual o princípio informador de toda a teoria da responsabilidade é aquele que impõe “a quem causa dano o dever de reparar”.

É sabido que a todo o momento pessoas são lesionadas e seus patrimônios sofrem danos, o que pode ser resultado da ação ou omissão de outrem, e é a este que cabe a “responsabilidade” de reparar, ressarcir o prejudicado na medida do possível, e isso ocorrerá através da responsabilidade civil.

O fundamento da responsabilidade civil está descrito no artigo 927 do Código Civil brasileiro:

> Art. 927 CC 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.

O tema abordado passou a fazer parte da sociedade e não apenas do cotidiano jurídico, trazendo consigo a noção de justiça, nos permitindo concluir que se trata de uma contraprestação obrigacional, devendo o autor (praticante do ato danoso, lesivo) arcar com as consequências de suas ações. Em outras palavras, toda ação ou omissão do ser humano possui consequências que devem ser reparadas, resultando aí na responsabilidade civil.

2.2 Elementos da responsabilidade civil

Temos como responsabilidade civil a obrigação de indenizar outrem por ato danoso ou lesivo praticado, e o pilar para a existência dessa obrigação é a ligação

de três elementos essenciais, quais sejam: a conduta (ato) humana, o nexo de causalidade e o dano e, na falta de um desses elementos, não há que se falar em obrigação de indenizar, em responsabilidade civil.

Inicialmente é essencial analisar a conduta humana, o ato, não sendo necessário, por ora, saber se é lícito ou ilícito, culposo ou não, se é uma ação ou omissão, pois se não houver a análise da conduta do agente não há possibilidade de qualificá-la.

Há uma incidência de um entendimento falho no sentido de dizer que a culpa é um dos elementos essenciais da responsabilidade civil. Porém, a culpa nada mais é que uma qualificação da conduta do agente, que representa a violação de dever. No entanto, o alicerce do respectivo assunto é a conduta humana, pois sem ele não há que se pensar em culpa.

Temos como conduta humana então uma ação ou omissão, um ato da pessoa que causa dano ou prejuízo a outrem, seja por dolo ou culpa em uma das suas modalidades. Pode ser uma ação, quando há prática por parte do agente de ato que não deveria fazer, ou omissão quando deixar de praticar ato que deveria ser feito.

Sílvio Rodrigues (2002, p.16) ensina que:

> A responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste. A responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio principio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo.

Maria Helena Diniz (2003, p.37) define conduta humana como:

> o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, (...) que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Analisada a conduta humana, é necessário comprovar o nexo de causalidade, que constitui o segundo elemento essencial, mas não menos importante, da responsabilidade civil.

Alerta Sommer Santos (1999, p.216) que no caso de responsabilidade civil no casamento:

> (...) a demonstração de que a vítima mantém uma relação monogâmica e que não se envolve com drogas, constitui um passo importante. Deve-se, também, comprovar se o réu é soropositivo; em segundo lugar, se contraiu o vírus antes ou depois da vítima; em terceiro lugar, se manteve ou não relações sexuais com a vítima.

Assim, sem tal demonstração não é possível responsabilizar um sujeito a indenizar o outro se não concluir que foi o ato praticado por ele que causou o dano.

Podemos dizer que a relação de causalidade é o liame entre o ato lesivo do agente e o dano ou prejuízo sofrido pela vítima, pois, se não for sofrido por ato daquele, inexiste o nexo de causalidade.

Assim, devemos salientar que caso o cônjuge adúltero contamine sua parceira, é necessário a prova cabal do nexo causal, ônus que cabe ao infectado. Devemos salientar que há necessidade da prova do nexo causal que em muitas situações pode ser complicada sua real comprovação ainda mais quando existe o que chamamos de janela imunológica, definida pelo Ministério da Saúde como:

> o intervalo de tempo entre a infecção pelo vírus da aids e a produção de anticorpos anti-HIV no sangue. Esses anticorpos são produzidos pelo sistema de defesa do organismo em resposta ao HIV e os exames irão detectar a presença dos anticorpos, o que confirmará a infecção pelo vírus. O período de identificação do contágio pelo vírus depende do tipo de exame (quanto à sensibilidade e especificidade) e da reação do organismo do indivíduo. Na maioria dos casos, a sorologia positiva é constatada de 30 a 60 dias após a exposição ao HIV. Porém, existem casos em que esse tempo é maior: o teste realizado 120 dias após a relação de risco serve apenas para detectar os casos raros de soroconversão – quando há mudança no resultado. Se um teste de HIV é feito durante o período da janela imunológica, há a possibilidade de apresentar um falso resultado negativo. Portanto, é recomendado esperar mais 30 dias e fazer o teste novamente. É importante que, no período de janela imunológica, a pessoa sempre faça sexo com camisinha e não compartilhe seringas, pois, se estiver realmente infectada, já poderá transmitir o HIV para outras pessoas. (Brasil. Ministério da Saúde. O que é janela imunológica. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-janela-imunologica>. Acessado em 27/06/2014).

Assim, além da questão da janela imunológica, há, em regra, uma dificuldade, para comprovação de como a pessoa infectada contraiu o vírus, vez que basicamente existe três fatores para contrair o vírus HIV, vejamos, utilização de compartilhamento de drogas injetáveis, prática sexual ou transfusão de sangue.

Portanto, o nexo causal exige um trabalho probatório consistente. Importante salientar que os tribunais, mineiro, paulista e do Distrito Federal já rejeitaram o pedido indenizatório diante da inexistência de comprovação do nexo:

> EMENTA: Responsabilidade do Estado Imputação de culpa pela contaminação de paciente em hospital público com o vírus da AIDS - Ausência de prova do nexo de causalidade entre a conduta do réu e o dano - Paciente hemofílico que já se submeteu a inúmeras transfusões de sangue em diversos estabelecimentos hospitalares, gerando incerteza quanto ao local e modo de contaminação, levando-se em consideração a possibilidade de se contrair tal moléstia por inúmeros outros meios que não a transfusão sangüínea - Recurso improvido. APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.129.143-4/00 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE (S): ROBERTO RODRIGUES SILVA - APELANTE ADESIVO, HEMOMINAS - FUND CENTRO HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA, DE MINAS GERAIS - APELADO (S): OS MESMOS - RELATOR: EXMO. SR. DES. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO
>
> INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – ATO ILÍCITO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – HOSPITAL – MORTE DE MENOR PACIENTE QUE CONTRAIU “AIDS” EM DECORRÊNCIA DE TRANSFUSÃO SANGUÍNEA – AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE LEGAL DO USO DO TESTE ANTI-HIV NA ÉPOCA EM QUE A MENOR ESTEVE INTERNADA NO HOSPITAL – CONEXÃO ENTRE A TRANSFUSÃO E A MOLÉSTIA E CULPA DO RÉU NÃO DEMONSTRADAS (...) (ac 2067541; Rel. Alexandre Germano; DJ 10/5/94 – Tribunal de Justiça de São Paulo)
>
> DANOS MORAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - AIDS - USO DE MEDICAMENTO CONTAMINADO - AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. 1. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO, COM GUARIDA NO ARTIGO 37, § 6º, DA ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PRESCINDE DA PROVA DO DOLO OU DA CULPA, BASTANDO PERQUIRIR O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E A CONDUTA OMISSIVA OU COMISSIVA DO ENTE PÚBLICO. 2. TENDO O PACIENTE SIDO TRATADO EM OUTRO ESTADO E FEITO USO DE VÁRIOS HEMODERIVADOS DESDE A TENRA IDADE, NÃO HÁ COMO DETERMINAR O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O USO DO MEDICAMENTO KRIOBULIN PELO HOSPITAL PÚBLICO E A CONTAMINAÇÃO DO PACIENTE PELO VÍRUS DA AIDS. 3. APELO IMPROVIDO. (TJ-DF - AC: 997844420018070001 DF 0099784-44.2001.807.0001, Relator: CRUZ MACEDO, Data de Julgamento:

> 18/12/2006, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 22/02/2007, DJU Pág. 160 Seção: 3, undefined).

Assim, o nexo de causalidade deve estar devidamente comprovado sendo necessário atingir nível de convicção cabal comprovando, indiscutivelmente, a ligação entre a conduta e o dano. A propósito, esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

> RECURSO ESPECIAL Nº 1.120.137 - RJ (2009/0113708-0) RELATOR : MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP) RECORRENTE : GERALDO GOMES COELHO E CÔNJUGE ADVOGADO : MARCELO MARCONDES KOZLOWSKI E OUTRO (S) RECORRIDO : SMH SOCIEDADE MÉDICO HOSPITALAR LTDA ADVOGADO : MARLAN DE MORAES MARINHO JUNIOR E OUTRO (S) RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. AIDS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. VIOLAÇÃO AO ART. 436 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS 282/STF E 211/STJ. 1. A ausência de prequestionamento inviabiliza o conhecimento da questão federal suscitada. Incidência dos enunciados de Súmulas 282/STF e 211/STJ. 2. Recurso Especial não conhecido. DECISÃO Trata-se de ação indenizatória ajuizada GERALDO GOMES COELHO E SUA MULHER contra SMH SOCIEDADE MÉDICO HOSPITALAR LTDA, que buscam o pagamento de indenização por danos morais e materiais, em razão de alegado erro médico, provocado pela contaminação pelo vírus HIV transmitido ao primeiro recorrente em uma transfusão de sangue, efetuada pela ora recorrida, e, à segunda, em virtude de relações sexuais mantidas com seu marido. O douto magistrado de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos, fls. 731/746, condenando a Ré ao pagamento das despesas com tratamento médico, danos materiais e morais, bem como custas processuais e honorários advocatícios. Irresignadas, as partes interpuseram recurso de apelação, sendo provido o apelo principal para julgar improcedentes os pedidos e desprovido o recurso adesivo, em v. acórdão assim ementado:"RESPONSABILIDADE CIVIL DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. TRANSFUSÃO DE SANGUE. CONTAMINAÇÃO COM O VÍRUS HIV. PROVA INEQUÍVOCA DO NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA. Em sede de responsabilidade civil consumerista, verifica-se a necessidade de prova inconteste quanto ao elemento do dano e o nexo causal. Não se afigura crível que o primeiro autor tivesse se contaminado com a transfusão ocorrida em 1992, se em 1996 foi diagnosticado como portador do vírus HIV, notadamente quando o tempo para o surgimento dos sintomas clássicos ocorre entre 10 a 12 anos, 'ut' doutrina médica. Nesta ótica, não se tem a certeza de que a transfusão de sangue realizada em 1992 é causa determinante para o quadro atual do primeiro autor e, via de conseqüência, da segunda autora, sua esposa. Registre-se que na solução de demandas envolvendo responsabilidade civil

> consumerista, sua comprovação exige absoluta segurança. O nexo causal precisa atingir níveis absolutos de convicção, diante de comprovação inequívoca, robusta e consistente. Sem esses elementos, resulta inviável a condenação.Sim, pois a responsabilidade civil do fornecedor em relação de consumo pressupõe a prova inconteste, certa e determinada, do nexo da causalidade ligando o vício ou defeito de sua conduta ao resultado danoso e injusto. A verificação do nexo de causalidade determinante e censurável ligand (juízo de desvalor) o a causa e o efeito constitui exigência do art. 14, § 3º da lei 8.078/90 em harmonia com o art. 13 do Código Penal. (...) Brasília , 29 de abril de 2010. MINISTRO (DF) HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO Relator (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP) (STJ - REsp: 1120137 , Relator: Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), Data de Publicação: DJe 05/05/2010) (DESTAQUES NOSSOS)

Diante do entendimento jurisprudencial observamos que a comprovação da responsabilidade civil é muito mais que mera questão indiciária, necessitando, portanto de uma prova cabal. Nesse sentido, mudando o que deve ser mudado, é o entendimento doutrinário de CAHALI (1996, p.44/45):

> Qualquer que seja o fundamento invocado para embasar a responsabilidade objetiva do Estado (risco administrativo, risco integral, risco-proveito), coloca-se como pressuposto primário da determinação daquela responsabilidade a existência de um nexo causalidade entre a atuação ou omissão do ente público, ou de seus agentes, e o prejuízo reclamado pelo particular. Trata-se de questão de fato, a ser investigada em cada caso concreto, de modo que, demonstrado o referido nexo, surge a obrigação de indenizar, o que inocorre se ausente sua demonstração. (...) Se a vítima experimentar um dano, mas não evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente.” (destaques nossos)

VENOSA (2003, p.39) sintetiza a questão:

> O conceito de nexo causal, nexo etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Considerando tal explicação, não basta apenas que a vítima sofra dano, é necessário que ocorra a relação entre o ato omissivo ou comissivo do agente e o dano, sendo necessário este ser resultado do ato do agente.

Verificada a ocorrência da conduta humana e o nexo de causalidade, passa-se então à análise do dano sofrido pelo outro sujeito, aquele a quem é pretendida a indenização.

Para acarretar a responsabilidade civil é necessário que a conduta do agente, comprovadamente, cause dano ou prejuízo à vítima. Sem este inexiste responsabilidade civil.

Maria Helena Diniz conceitua dano como sendo a "lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral" (DINIZ, 2003, p.11).

É assegurado no caput do artigo 5º e inciso X a reparação do dano, qualquer que seja, moral ou material:

> Art. 5°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 á vida, à igualdade, à segurança e a 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.

De forma rápida podemos definir o dano como o prejuízo resultante da lesão a um bem ou direito e, para a existência da responsabilidade civil, é necessário demonstrar sua certeza e efetividade, pois ninguém pode ser responsabilizado por danos supostos e incertos.

De acordo com VENOSA (2003, P.28):

> Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vulto que tomou a responsabilidade civil. [...] Trata-se, em última análise, de interesse que são atingidos injustamente. O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a principio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se

> corporifica a indenização. A materialização do dano acorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.

Existem duas classificações para dano, sendo elas: o patrimonial e o extrapatrimonial. A primeira pode ser denominada de dano material, pois causa destruição ou diminuição de um bem de valor econômico. Temos como dano extrapatrimonial ou moral a lesão causada em um bem que não se pode retornar ao estado anterior, pois diz respeito à personalidade, como por exemplo a vida, a integridade moral, física e psíquica, e por este motivo é difícil sua mensuração, podendo apenas compensar a vítima pelo dano sofrido.

Essas classificações de dano se subdividem em: dano patrimonial direto ou indireto, sendo aquele provocado diretamente pela ação ou omissão do agente, e este é o causado por ato não dirigido ao bem que sofreu a lesão. Como bem explica DINIZ (2003, p.68/69):

> Dano patrimonial direto é o dano que causa imediatamente um prejuízo no patrimônio da vítima (...) o prejuízo que for conseqüência imediata da lesão (...) e dano patrimonial indireto é uma conseqüência possível, porem não necessária, do evento prejudicial a um interesse extrapatrimonial (...) o que resultar da conexão do fato lesivo com um acontecimento distinto.

Também o dano moral se divide em direto e indireto, sendo direto aquele que atingir diretamente bem de ordem moral e indireto quando a vítima experimentar um dano imaterial que a atinge por seu valor sentimental. Nestes casos a reparação tem o objetivo de diminuir o sofrimento psicológico da vítima.

2.3 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

Foi visto anteriormente que a responsabilidade civil, em suma, é a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra por ato ilícito.

No nosso Código Civil de 2002 temos que a responsabilidade civil advém de um ato ilícito praticado por uma pessoa, por meio de uma ação ou omissão, o que caracteriza o descumprimento de uma obrigação, de um contrato, na violação de um direito alheio, mesmo que este seja meramente moral.

O agente pode ser responsabilizado a partir de dois fundamentos, quais sejam: a culpa, que é a forma subjetiva e o risco, que é a forma objetiva. Partiremos então à explicação individual:

2.3.1. Responsabilidade subjetiva

Esta responsabilidade tem como base a culpa do agente, a qual deverá ser comprovada pela vítima para que surja o dever de indenizar. Assim, para configuração da responsabilidade subjetiva é quando analisa-se a culpa, conduta.

O Código Civil de 2002, em seu art. 186, traz uma regra que é aceita sob os pressupostos da responsabilidade civil: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”.*

Por esse entendimento, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente.

2.3.1.1. Pressupostos da responsabilidade subjetiva

Devemos partir de um primeiro elemento, sendo este formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária. Por conseguinte temos um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou culpa e, por último, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade.

É possível analisar esse três pressupostos no próprio artigo 186 do Código Civil de 2002, em que temos:

Conduta culposa do agente – “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”;

Nexo causal – “causar”;

Dano – “violar direito e causar dano a outrem”.

Pode-se concluir então, a partir da explicação supra que, estaremos diante de um ato ilícito quando alguém, mediante conduta culposa, violar direito e causar dano a outrem e é a partir disso que surgirá o dever de indenizar.

Todo e qualquer direito subjetivo, como por exemplo, o direito à vida, à saúde, à liberdade, ao nome, à imagem é entendido como violação de direito.

2.3.2 Responsabilidade objetiva

À priori, podemos ter clara a responsabilidade civil objetiva com a definição de RODRIGUES (2002, p. 10):

> Na responsabilidade objetiva, a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

Aqui podemos afirmar que a responsabilidade incide nos casos em que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem. Ela surge do exercício da atividade criadora de perigos especiais, como, por exemplo, o risco da atividade.

Neste tipo de responsabilidade não é necessário demonstrar a culpa do agente, mas sim a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

No nosso ordenamento jurídico, a cláusula geral da responsabilidade objetiva está no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 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.

A partir disso podemos concluir que essa cláusula demonstra uma clara evidência da preocupação dos legisladores, pois, com a globalização e o crescimento de fatores de riscos, é necessário uma solução mais adequada aos problemas das vítimas de danos que permaneciam sem a indenização devida. O artigo mencionado possibilitou o reconhecimento de duas hipóteses de responsabilidade objetiva: nos casos especificados em lei e quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

2.4 Teoria a respeito da responsabilidade civil

Uma das inovações do Novo Código Civil é a Teoria do Risco que está embutida no Artigo 927, e a respeito dela houve um grande avanço, elevando nosso Código ao patamar mais alto nos quesitos modernidade, justiça e equidade.

Cunha Júnior (2008, p.325) ensina que:

> É a teoria do risco que serve de fundamento para a idéia de responsabilidade objetiva ou sem culpa do Estado. Ela toma por base os seguintes aspectos: (1) o risco que a atividade administrativa potencialmente gera para os administrados e (2) a necessidade de repartir-se, igualmente, tanto os benefícios gerados pela atuação estatal à comunidade como os encargos suportados por alguns, por danos decorrentes dessa atuação. Assim, em suma, e como próprio nome sugere, essa teoria leva em conta o risco que a atividade estatal gera para os administrados e na possibilidade de causar danos a determinados membros da comunidade, impingindo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade, todos os demais membros da comunidade devem concorrer, através dos recursos públicos, para a reparação dos danos.

Quando dizemos *risco*, temos vários tipos: o risco proveito, risco criado, risco profissional e risco excepcional. O risco objeto de estudo é o risco criado, que impõe o dever de reparar o dano em razão da atividade geradora dele, normalmente exercida independente de haver vantagem para aquele que a exerce.

O Código Civil de 2002 adotou, nos casos de responsabilidade objetiva, a Teoria do Risco. Então, toda atividade que, pela própria natureza, implicar em riscos para terceiros, ensejará a reparação, independentemente da comprovação da existência de culpa.

De acordo com Pereira (2003, p.563), essa inovação não se aplica somente às atividades econômicas, o que fará com que a jurisprudência e a doutrina especifiquem “atividade que implique, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, já que em princípio quase toda atividade humana gera risco para outra pessoa”.

Em suma, segundo a Teoria do Risco, aquele que, através de sua atividade cria um risco de dano para terceiros, tem por obrigação repará-lo, mesmo que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa.

No próximo capítulo, iremos abordar a necessidade do dever de fidelidade entre cônjuges, ressalvando que se um dos cônjuges for infiel e gerar a infecção do outro é imprescindível que a ação de danos morais seja proposta de forma imediata.

Assim, abordaremos de forma detalhada a necessidade de respeito ao dever de fidelidade, tendo como foco central a necessidade da imediata propositura da ação reparatória, sob pena de não ser reconhecido o dano.

3 O DEVER DE FIDELIDADE

3.1 Dever de fidelidade

A família é tida como base estrutural, o que faz com que a Constituição Federal e o Código Civil lhe forneçam proteção, através de direitos e deveres, primando pelo dever de fidelidade recíproca, ajuda e respeito mútuo.

Antigamente não existiam restrições e privações em relação ao casamento, o que levava a uma desordem, pois as relações sexuais ocorriam livremente entre as pessoas de uma mesma família, não era conhecida a monogamia. Nessa época não se sabia, por exemplo, quem era o pai, pois todos se relacionavam entre si. A necessidade de confirmação da paternidade aumentou e foi aí que surgiu o casamento monogâmico, e a fidelidade passou a ser exigida, conforme previsto no artigo 1565 do Código Civilista, cuja previsão tem como finalidade estabelecer a mesma autoridade parental entre os cônjuges privilegiando o afeto, a confiança e o amor dos mesmos, valorando a confiança, tolerância, entendimento e o dever de colaboração para um verdadeiro entrosamento de mentalidades (RIZZARDO, 2007, p.169).

Importante asseverar que a legislação civilista muito mais voltada para a personificação com o advento do Código de 2002, consigna que:

> Artigo 1.5666. São deveres de ambos os cônjuges:
> I - Fidelidade recíproca;
> II - Vida em comum, no domicílio conjugal;
> III - Mútua assistência;
> IV - Sustento, guarda e educação dos filhos;
> V - Respeito e consideração mútuos.

O primeiro inciso do artigo supracitado é o objeto de estudo por agora, o dever da fidelidade recíproca que, conforme nos ensina RIZZARDO (2007, 170) “não se pode compreender a fidelidade recíproca no mero sentido de exclusividade do direito do cônjuge as relações sexuais”. Adiante, o mesmo autor explica que:

> Há infringência deste dever, também, quando a conduta pessoal reflete uma gama de situação desrespeitosas e ofensivas à própria honra do cônjuge, como as atitudes licenciosas e levianas, o simples namoro, a ligação puramente sentimental com terceiro, as relações de natureza homossexual, a presença em ambiente impróprios.

Desta forma, podemos conceituar fidelidade como uma obrigação de negativa, qual seja, a abstenção de práticas de relações sexuais com qualquer outra pessoa que não seja o cônjuge primando pelo respeito, lealdade e amor.

Assevere-se que nosso ordenamento prevê a possibilidade de indenização por dano moral, em caso de descumprimento do dever de fidelidade, como exemplo, temos a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO. RECONVENÇÃO. PEDIDOS EXCLUÍDOS DA LIDE. DECLARAÇÃO DE CULPA. IRRELEVÂNCIA JURÍDICA NA ATUALIDADE. EXCLUSÃO MANTIDA. INDENIZAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. CUMULAÇÃO ADEQUADA. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA. A culpa pelo desfazimento do vínculo matrimonial não é mais perquirida nas ações de divórcio. Logo, não há razões para sua análise, neste processo. É possível a cumulação entre o pedido de divórcio e o de indenização. A pretensão de indenização por descumprimento do dever de fidelidade está diretamente relacionada com os direitos e deveres decorrentes do próprio vínculo conjugal (casamento). Em sendo assim, o processo deve tramitar e ser julgado no juízo competente da Vara de Família. Recurso provido em parte. (AGRAVO DE INSTRUMENTO CV Nº 1.0024.13.309573-7/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE (S): A.C.V.G. - AGRAVADO (A)(S): R.B.G.)

O dever de fidelidade é um dos mais relevantes efeitos de uma relação monogâmica e podemos salientar isso com o ensinamento de que “a própria união legítima falharia, tanto no aspecto moral, quanto na sua finalidade social e jurídica, se não impusesse a fidelidade entre os cônjuges”.(ALMEIDA JUNIOR, 2004, p. 107).

O dever mencionado também é atribuído quanto ao cuidado para manter as relações sexuais com o cônjuge, visto que esse dever contribui para que o casal considere remota a hipótese de contaminação sexual. Mesmo declarando-se fiel à esposa ou ao marido, não é possível a exclusão da possibilidade de relação extraconjugal, pois este está ligado a um caráter incerto e futuro.

Em regra, a infidelidade decorre da falta de amor entre os consortes, contudo não é isso que dá ensejo a responsabilidade civil entre elas, mas sim, a quebra do dever conjugal que resulta num dano. Cahali (1996, p.360) profetiza:

> O dever de fidelidade tem um duplo aspecto: - material ou físico e imaterial ou moral, de forma que seu descumprimento dá-se pela prática de ato sexual do cônjuge com terceira pessoa – que é o adultério – e, também de outros que, embora não cheguem a cópula carnal, demonstram o propósito de satisfação do instinto sexual fora da sociedade conjugal – ou quase adultério. A infidelidade pode ser material ou moral. Se consistir na prática de congresso sexual com terceiro, constitui adultério. Se não chega a esse extremo, concretizando-se em fatos que denunciam esse propósito ou constituem, sob esse aspecto agravo à honra do outro cônjuge, qualifica-se como *infidelidade moral*, justificando a dissolução da sociedade conjugal, sob o fundamento da *injúria grave*.

A possibilidade de contaminação de doenças sexualmente transmissíveis, dentre elas a AIDS, não é ilusória e nos leva à necessidade de reforçar que a fidelidade, no caso material, inclui também a preocupação com o outro e com a saúde do casal.

Portanto, se a traição por si só gera a responsabilização na órbita moral mais ainda quando o parceiro é infectado pelo vírus da AIDS. Infelizmente, a sociedade considera que o pacto, o dever de fidelidade assegura a não contaminação, então a prescrição de cuidados, de uso de preservativos têm pouca ressonância entre os casais.

Aqui importante salientar que a violação ao dever de fidelidade, no caso de AIDS, verdadeiramente acarreta danos morais, diante do duplo abalo emocional causado pela traição e pela aquisição da doença.

MIRANDA (*apud* NETO, 2004, p. 289) ensina que:

> A lei prevê, quase sempre, as consequências de toda infração dos deveres de direito de família, sejam conjugais, sejam parentais. Daí a opinião, que se alastrou, no sentido de não haver perdas e danos, ou de indenização, quando alguém faltasse aos seus deveres de Direito de Família, conjugais ou parentais. Tal opinião foi posta de lado, porque, além da infração e consequente sanção de Direito de Família, é possível haver causa suficiente para a indenização ou reparação, com fundamento noutra regra de direito civil (direito das coisas, direito das sucessões, direito das obrigações). Desde que houve o dano, e é de invocar-se alguma norma relativa à indenização por ato ilícito, no sentido lato do direito das obrigações, ou da Parte Geral, cabe ao cônjuge ou ao parente a ação correspondente.

Assim, o dever de fidelidade pode gerar danos, sendo que a transmissão da AIDS ultrapassa os limites da razoabilidade, atinge a esfera pública, pessoal, física da vítima. Nesse sentido:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CASAMENTO. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE FIDELIDADE E LEALDADE POR UM DOS CÔNJUGES. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. RECURSO ADESIVO. LIMITES. VOTO VENCIDO PARCIALMENTE. Viola os deveres de fidelidade e lealdade, causando danos morais ao seu consorte, o cônjuge que, após uma relação extraconjugal, da qual advém uma gravidez, omite a verdadeira paternidade biológica da criança, fato que só vem a ser descoberto anos depois, através de exame de DNA. (...)" (11ª CC, Apelação Cível nº 1.0342.04.046436-0/001, Rel. Des. Duarte de Paula fonte: site do TJMG).

Importante salientar que o cônjuge culpado inclusive poderá ser condenado na forma do artigo 129, §2º, inciso II, do Código Penal, vejamos:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - VÍRUS HIV - TRANSMISSÃO - LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVÍSSIMA - ENFERMIDADE INCURÁVEL - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE.Resta incontestável nos autos do processo que o apelante sabedor de sua condição soropositiva, por ocasião da concepção de sua filha, assumiu de forma consciente o risco de contágio à menor impúbere. Recurso não provido.APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0079.08.400484-9/001 - COMARCA DE CONTAGEM - APELANTE(S): MAURÍCIO DA SILVA MOREIRA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - VÍTIMA: JÚLIA TORRES MOREIRA - CORRÉU: IVONE PEREIRA TÔRRES MOREIRA.

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de MIRABETE (2000, p. 720):

> Torna grave a lesão a ocorrência de enfermidade incurável, ou seja, de qualquer estado mórbido de evolução lenta que não apresente maiores probabilidades de cura integral. A transmissão do vírus da AIDS pode constituir, portanto, o crime de lesão corporal gravíssima.

Obviamente, para a condenação criminal devemos salientar que é necessário demonstrar a culpabilidade do acusado no sentido de que tinha a plena convicção e consciência da ilicitude de seu ato e era-lhe exigida uma conduta diversa

Portanto, o dever de fidelidade está estritamente ligado ao princípio da boa-fé. A propósito, a doutrina ensina que:

> Da funcionalidade da boa-fé decorrem subpricípios, como o do equilíbrio entre as prestações, nos contratos bilaterais e sinalagmáticos, da vedação das condutas contraditórias e o da proteção das justas expectativas dos partícipes da relação obrigacional e de terceiros eventualmente atingidos, direta ou indiretamente. O princípio da probidade versa sobre um conjunto de deveres,exigidos nas relações jurídicas, em especial, os de veracidade,integridade, honradez e lealdade. Desse princípio decorre logicamente o da boa-fé, que reflete não apenas uma regra de conduta, mas consubstancia a eticidade orientadora da construção jurídica do Código Civil de 2002. (MONTEIRO, 2003, p.11).

Porém, ainda que ocorra prova que o cônjuge transmitiu AIDS ao seu consorte violando o dever de fidelidade, entende-se que é necessário que o cônjuge inocente, após a ciência de tal situação, não continue a conviver maritalmente, sob pena de configurar verdadeiro “perdão tácito”, devendo ocorrer a chamada imediatidade.

3.2 Da imediatidade

Situação que deve ser analisada é que a parte infectada ao tomar conhecimento que foi contraída deve a mesma romper a sociedade conjugal imediatamente, vez que a continuidade do relacionamento conjugal pode ser fato decisivo para que o juízo não reconheça a ocorrência do dano moral.

Isso porque há no nosso ordenamento a aplicação da teoria conhecida como comportamento contraditório. Assim, a manutenção da sociedade conjugal depois que a vítima do dano tomou conhecimento da traição e da infectação é manifestamente contrária à pretensão do dano moral.

Merece ser transcrito a lição de Cardoso:

> As categorias dentro da cláusula geral de abuso de direito - *venire contra factum proprium e a supressio* e sua contrapartida *surrectio* - podem ser reconhecidas no campo do Direito de Família, uma vez que nas relações por ele reguladas, mas não só, exige-se um comportamento ético coerente e que não crie expectativas indevidas nos outros.O *venire contra factum proprium* diz respeito à proibição de conduta contraditória, ou seja, a vedação à prática de atos incoerentes com os anteriormente praticados, em inesperada mudança de comportamento. Trata-se de dois comportamentos imputáveis a uma mesma pessoa e diferidos no tempo que, embora lícitos em si, se analisados conjuntamente, são contraditórios, tornando-se ilícitos por ferir os princípios da boa-fé objetiva e da

> confiança. A *supressio e a surrectio* designam a inadmissibilidade do exercício de determinadas ações pelo decurso de lapso temporal suficiente para gerar a expectativa em outrem de que tais atos não mais seriam praticados, ainda que aprioristicamente dentro do campo de ação do titular do direito. A *supressio* consiste na perda do direito de ação em função da inércia do titular somado a indícios de que o direito não mais seria exercido, e a *surrectio* configura a situação inversa - surgimento de vantagem para alguém em função do não exercício do direito. Durante a convivência entre os parceiros, podem ser observadas situações que configuram o comportamento contraditório proibido (*venire contra factum proprium*). Exemplo é a conduta do cônjuge ou companheiro que, após descobrir a traição do parceiro, permanece com a relação harmonicamente, demonstrando tacitamente tê-lo perdoado, mas ajuíza ação de separação ou de divórcio alegando a violação do dever de fidelidade. Outros exemplos são a conduta do cônjuge ou companheiro que dedica, durante anos de relação, irrestrito apoio material ao seu parceiro, porém nega alimentos quando da dissolução da convivência, e a situação prolongada de afetividade de um dos parceiros com filhos do outro e, depois da dissolução, nega o amparo afetivo e material a eles (FARIAS, 2010, p. 213).A verificação da *supressio* durante o convívio afetivo pode ser observada na hipótese do cônjuge que descobre fato grave que desabona a honra e a fama do parceiro e não requer de pronto a anulação do casamento, continuando a convivência, de modo que a anulação não poderá ser mais pedida. Outra situação é a do credor de alimentos que se mantém inerte por longo período de tempo, criando no devedor a expectativa de que não haveria necessidade fática para requerer a pensão. (Grifos nossos)

Dessa forma, para a possibilidade da condenação do dano moral, é necessária que seja imediata a propositura da ação com o rompimento da sociedade conjugal, vez que o cônjuge inocente que mantém a união configura verdadeiro comportamento contraditório, conhecido pela expressão o *nemo potest venire contra factum proprium*. Tal expressão revela a essência do respeito ao Princípio da boa-fé objetiva valorando o senso ético ainda mais quando o direito positivo é incapaz solucionar todos os conflitos.

Assim, podemos dizer que tal instituto impede que uma pessoa possa contradizer seu comportamento anterior, vez que havia produzido na pessoa uma outra expectativa de que seu comportamento seria diverso, frustrando a expectativa criada.

DANTAS JÚNIOR (2007, p. 291) ensina que:

> A expressão *venire contra factum pr*oprium poderia ser vertida para o vernáculo em tradução que se apresentaria em algo do tipo "vir contra seus próprios atos" ou "comportar-se contra seus próprios

> atos", pode ser apontada, em uma primeira aproximação, como sendo abrangente das hipóteses nas quais uma mesma pessoa, em momentos distintos, adota dois comportamentos, sendo que o segundo deles surpreende o outro sujeito, por ser completamente diferente daquilo que se poderia razoavelmente esperar, em virtude do primeiro.

Mais adiante o citado autor(2007, p. 367-368) conclui que:

> Parece-nos que o venire pode ser conceituado como sendo uma seqüência de dois comportamentos que se mostram contraditórios entre si e que são independentes um do outro, cada um deles podendo ser omissivo ou comissivo e sendo capaz de repercutir na esfera jurídica alheia, de modo tal que o primeiro se mostra suficiente para fazer surgir em uma pessoa mediana a confiança de que uma determinada situação jurídica será concluída ou mantida em certas condições, enquanto o segundo vem frustrar a legítima e razoável expectativa que havia sido criada no outro sujeito, sem que exista justificativa fática ou amparo legal que possa justificar a contradição entre os comportamentos e a conseqüente frustração da expectativa, sem em tal caso irrelevante averiguar se houve dolo ou culpa do que agiu de modo contraditório.

Dessa forma, é necessário que o cônjuge acione a prestação jurisdicional de forma célere, sob pena de sua conduta configurar um verdadeiro comportamento contraditório. Isso porque o cônjuge inocente ao continuar na relação conjugal mesmo depois da traição acaba por gerar uma expectativa no cônjuge culpado de que o primeiro havia perdoado. A interposição de uma ação nessas condições acaba por violar o princípio da confiança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa monográfica teve como finalidade revelar e alertar a questão jurídica decorrente da transmissão da AIDS no casamento. Indiscutivelmente, a questão passa pelo dever de fidelidade vez que a doença revela que é necessário que os cônjuges se submetam a um regime de responsabilidade. Dessa forma, todo indivíduo tem o dever de não transmitir o vírus ainda que tal obrigação implique na abstenção sexual alheia.

Assevere-se ainda que a transmissão gera a violação do dever de intimidade ao passo que não é possível a exigência prévia de um exame de AIDS para casar. Porém, a tutela da intimidade não pode ser absoluta, como, por exemplo, na doação de sangue.

Assim, há um verdadeiro dilema no enfretamento da situação ainda mais na responsabilidade civil que não basta a ocorrência do ato ilícito devendo ser demonstrado o dano e nexo causal, sendo que este último elemento configura um dos grandes desafios da responsabilidade civil.

Especificamente, no caso da transmissão da AIDS no casamento entendemos ser importante para a configuração do dano a imediatidade, vez que com a manutenção da sociedade conjugal infere-se a presença do perdão, no mínimo, tácito, privilegiando o sentimento que une as pessoas no casamento, o amor.

Dessa forma, mesmo com a traição, se houver a manutenção da sociedade descabida será a indenização, pois estaria configurado um verdadeiro “aburguesamento” das relações afetivas. Nessa situação, o amor prevaleceria e impediria a invasão monetária, a vingança, a mágoa.

Nessas condições, com a continuidade do casamento não haverá dano, vez que a reparação indenizatória é diametralmente oposta ao desejo da manutenção conjugal decorrente do perdão ou, então, estaríamos dimensionando o amor em termos econômicos estimulando a união de pessoas simplesmente para que uma delas sirva da outra sexualmente recompensando com favores e não amor.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. *As Relações entre cônjuges e companheiros no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Editora Temas e Idéias, 2004.

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

Brasil. Ministério da Saúde. *O que é janela imunológica*. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-janela-imunologica>. Acessado em 27/06/2014.

BRASIL. Ministério da Saúde; Secretaria de Vigilância em Saúde; Programa Nacional de DST e Aids. *Prevenção e Trabalho: Manual de implantação e implementação de programas e projetos de prevenção ao HIV e Aids no local de trabalho*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil No direito de família.* 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Responsabilidade médica-sanitária e AIDS*. (2ª parte). RCCRim, 3, 1993.

CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de direito administrativo*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. *Vade Mecum Saraiva 2014.* 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé***.** Curitiba: Juruá, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* responsabilidade civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECCO, Rogério. *Curso de direito penal:* parte especial, vol. II. 5ª ed. Niterói, RJ: Impetus: 2008.

MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA,Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. São Paulo: Bookseller, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil:* direito das obrigações. Vol. 5, 34ª ed. Rev. Atual, por Carlos Washington, Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

MURTA, Cardoso Simone. *Responsabilidade Civil nas Relações Afetivas*, Mai. 2011. PORTAL DO IBDFAM. Disponível em: < www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=729>. Acesso em: 21 set. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2010.

OLIVEIRA FILHO, Werba GC. Representações Sociais. In: *Psicologia Social Contemporânea*. 4a ed. Petrópolis: Editora Vozes; 2000.

PAKER, R. O americano quando cai no samba ou a cultura sexual brasileira e a AIDS. In: Daniel H. Paker R. *Aids a terceira epidemia*. São Paulo, Iglu, 1990.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil.* 11ª ed. Atualizada por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial. Vol. 2. 7ª ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: RT. 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil:* Responsabilidade civil. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. *A aids sob a perspectiva da responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório:* tutela de confiança e venire contra factum proprium. 3ª ed. Revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.