



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO DA UFBA**  
**Programa de Graduação em Direito**

**MIRELA GONÇALVES PORTUGAL**

**O *BAREBACKING* NA PERSPECTIVA DA  
VITIMODOGMÁTICA**

Salvador  
2019

**MIRELA GONÇALVES PORTUGAL**

**O *BAREBACKING* NA PERSPECTIVA DA VITIMODOGMÁTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como requisito parcial  
para obtenção do título de Bacharel  
em Direito, Faculdade de Direito  
da Universidade Federal da Bahia.

Orientadora: Prof. Dr. Maria  
Auxiliadora de A. Minahim

Salvador  
2019

**MIRELA GONÇALVES PORTUGAL**

**O *BAREBACKING* NA PERSPECTIVA DA VITIMODOGMÁTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como requisito parcial  
para obtenção do título de Bacharel  
em Direito, Faculdade de Direito  
da Universidade Federal da Bahia.

Orientadora: Prof. Dr. Maria  
Auxiliadora de A. Minahim

Salvador  
2019

**MIRELA GONÇALVES PORTUGAL**

**O *BAREBACKING* NA PERSPECTIVA DA VITIMODOGMÁTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como requisito parcial  
para obtenção do título de Bacharel  
em Direito, Faculdade de Direito  
da Universidade Federal da Bahia.

Orientadora: Prof. Dr. Maria  
Auxiliadora de A. Minahim

9 de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Maria Auxiliadora de A. Minahim (orientadora)

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Profa. Dra. Daniela Carvalho Portugal

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Ms. Belmiro Vivaldo Santana Fernandes

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

‘(...) o que me faz correr é sempre o mesmo, uma vontade de saber mais e de deixar contado às pessoas, nos livros, sabe. Deixar nos livros aquilo que se descobre, porque um livro, com o que contém, pode ser uma fortuna eterna’.

Valter Hugo Mãe, *A Máquina de Fazer Espanhóis*. (2015, p. 102).

## AGRADECIMENTOS

Isso de querer ser exatamente aquilo que a gente é ainda vai nos levar além. Tomo emprestadas as palavras de Leminski, pois a travessia para dentro de si é tão doce quanto implacável. A chegada é só o avesso do começo.

À Professora Maria Auxiliadora Minahim, pela generosidade em embarcar nessa jornada junto comigo, e por ser emissora de palavras de coragem que a cada encontro me davam combustível para caminhar. Também aos Professores da banca, Daniela Portugal e Belmiro Vivaldo, pela atenção com a qual gentilmente me receberam em todo esse processo. Ao Professor Lucas Gabriel pelas leituras e recomendações.

A todos aqueles que me ajudaram a ter acesso à bibliografia sem a qual eu não teria conseguido escrever esse trabalho.

A Natanael Nogá por não soltar da minha mão.

À Defensoria Pública do Estado da Bahia por me mostrar que há caminhos a trilhar;

Agradeço aos meus pais, Carmen e Raimundo, que fizeram coro aos meus sonhos. À pesquisa e ao CEPEJ, por me estimularem à autonomia intelectual. E ao Tempo Rei, que transforma as velhas formas do viver.

PORTUGAL, Mirela Gonçalves. As práticas do *barebacking* na perspectiva da Vitimodogmática. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

## RESUMO

O presente trabalho busca investigar as tensões entre autonomia individual e tutela penal no fenômeno das práticas sexuais do *barebacking*. Para tanto, percorre os impasses ao redor das liberdades individuais e do paternalismo jurídico, para enfocar limites e possibilidades da contribuição da conduta da vítima que se coloca em uma situação de perigo para a (ir)responsabilização do autor sob a perspectiva da proposta Vitimodogmática. A hipótese levantada considera a necessidade de recuo da tutela estatal perante escolhas de autodeterminação sexual. No que se refere ao método, irá mesclar o dedutivo e indutivo, tendo abordagem qualitativa; assumindo forma exploratória e descritiva quanto aos objetivos, e adotará procedimentos bibliográfico e documental. Nesse trajeto, o primeiro capítulo apresenta o objeto, que abarca relações sexuais entre HIV soropositivos e soronegativos cientes dos riscos de soroconversão. Depois, adentra a seara dos debates filosóficos acerca da autonomia individual e seus entrecosques com o direito pela via das reflexões sobre o paternalismo jurídico. No capítulo seguinte, introduz as leituras da dogmática penal que tentaram incorporar as influências da autonomia da vítima, com destaque para a Vitimodogmática. Por fim, descreve as condições de possibilidade para a adoção ou afastamento da perspectiva Vitimodogmática no caso.

**PALAVRAS-CHAVE:** autonomia, Vitimodogmática, paternalismo jurídico.

PORTUGAL, Mirela Gonçalves. *Barebacking* behavior in the view of the victim-dogmatic. Monograph (Bachelor) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

### **ABSTRACT**

This work aims to investigate the tensions between individual autonomy and criminal law in the phenomenon of *barebacking* sexual practices. In order to claim this notion, it runs through the impasses around individual freedom and legal paternalism, to focus on the limits and possibilities of the contribution of the victim's conduct that puts himself in a danger situation for the author's (in)accountability from the perspective of the Victimodogmatic proposal. The hypothesis raised considers the need of the State to retreat when it faces choices of sexual self-determination. As for the method, it will merge the deductive and inductive, taking a qualitative approach; assuming an exploratory and descriptive form regarding the objectives, and adopting bibliographic and documentary procedures. In this development, the first chapter presents the object, which encompasses sexual relations between HIV seropositive and seronegative, aware of the risks of seroconversion. Then it enters the field of philosophical debates about individual autonomy and its clashes with the rule of law by the debates around legal paternalism. In the next chapter, introduces the shields of criminal dogmatics that tried to incorporate the influences of the victim's autonomy, especially the Victimodogmatics. Finally, it describes the conditions of possibility for adopting or departing from the Victimodogmatic perspective in this case.

**KEYWORDS:** autonomy, Victimodogmatics, legal paternalism.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>2. ENTRE O RISCO E O PRAZER: AS TENSÕES INTRÍNSECAS AO <i>BAREBACKING</i></b>	<b>11</b>
2.1. Aproximações conceituais e dados epidêmicos	11
2.2. Interpretações acadêmicas e midiáticas para o <i>barebacking</i> no Brasil	14
2.3. Entendendo a roleta-russa: a transmissão do HIV e a leitura penal	17
<b>3. AUTONOMIA, PATERNALISMO JURÍDICO E RISCO SOCIAL</b>	<b>21</b>
3.1. A autonomia individual e ecos jurídico-penais	21
3.2. Paternalismo jurídico e limites da atuação estatal	27
3.3. O risco enquanto elemento do tecido social e da psiquê humana	32
<b>4. O PAPEL DA VÍTIMA NAS LEITURAS DO DELITO</b>	<b>36</b>
4.1. A marcha da vítima no pensamento penal	36
4.2. Modernas concepções sobre a responsabilidade da vítima	40
4.3. A Vitimodogmática como nova perspectiva para a teoria do delito	45
<b>5 O BAREBACKING E A VITIMODOGMÁTICA</b>	<b>50</b>
5.1. Bernd Schünemann, vítima e direito penal	50
5.2. Vitimodogmática e AIDS: uma questão de paternalismo?	54
5.3. <i>Barebacking</i> , Vitimodogmática e direito penal: entre perguntas e respostas	57
<b>6. CONCLUSÕES</b>	<b>60</b>
<b>7. REFERÊNCIAS</b>	<b>63</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Não são raros os embates entre os sujeitos e o Direito. O exercício da liberdade individual pode gerar impasses filosóficos e jurídicos. São temas intrincados e controversos, principalmente à luz do Direito Penal. Um exemplo de conflito penal surgido no âmbito da sexualidade humana são as práticas de *barebacking*, conduta sexual na qual pessoas sorodiscordantes (soropositivas e soronegativas quanto ao vírus HIV) praticam sexo intencionalmente sem uso de preservativos, cientes dos riscos de contaminação.

Estudiosos do fenômeno identificaram no discurso de seus praticantes uma estratégia de autoafirmação e expressão sexual, num movimento de fetichização dos riscos, no sentido de que o comportamento intencionalmente perigoso intensificaria o erotismo das relações. O cenário convida a repensar quais os limites e possibilidades das reações estatais, e, especificamente, jurídico-penais perante esses comportamentos.

O presente trabalho busca analisar as tensões entre autonomia dos sujeitos e tutela penal na situação de risco do *barebacking*. Quanto ao método, irá mesclar o dedutivo e indutivo, imprimindo abordagem qualitativa. Os objetivos da pesquisa serão exploratórios e descritivos, adotando os procedimentos bibliográfico e documental.

Nesse desenrolar, no capítulo 2 descrevemos as variáveis e interpretações que têm sido dadas ao fenômeno, com a intenção de mostrar seu caráter complexo e os fatores que podem explicar seu crescimento. Em seguida às leituras acadêmicas e midiáticas da conduta, faremos breve exposição sobre os dados epidêmicos da transmissão da AIDS em contexto recente, e as maneiras pelas quais o direito penal tem sido interpelado a responder a essas novas realidades.

No capítulo 3, faremos uma interlocução interdisciplinar a respeito dos problemas transversais à prática do *barebacking*, com especial foco na questão do exercício da autonomia individual em contraste à regulação estatal. O caminho será traçado com ajuda da perspectiva dos debates sobre o paternalismo jurídico, com especial foco nos trabalhos de Joel Feinberg, autor que busca traçar quais as condições de uma ingerência estatal legítima na vida dos indivíduos. Em paralelo, faremos uma reflexão sobre o papel dos riscos enquanto constitutivos do tecido cotidiano, em prisma social e individual.

Adentrando a seara penal, no capítulo 4 buscaremos delinear de que maneira a dogmática encarou a figura da vítima, e como dela usurpou a participação na construção do

horizonte epistemológico penal. Trataremos brevemente dos influxos da vitimologia como ponto de virada a ressignificar a vítima. A partir daí, observaremos de que maneira surgiram e se estabeleceram as ideias de considerar a conduta da vítima na análise dos delitos nas teorias modernas da dogmática penal.

Por fim, no capítulo 5 examinaremos mais de perto a Vitimodogmática tal como estruturada por Bernd Schünemann, que traz uma proposta de interpretação dos tipos penais na qual a vítima tem papel central, para entender as condições de possibilidade de sua aplicação na leitura do *barebacking*.

Por fim, abriremos o caminho para reflexões sobre a necessidade e legitimidade da ingerência jurídico-penal nas condutas individuais, de modo a evitar um paternalismo jurídico que oprima modos de vida, compreendendo que este pensamento crítico é complexo e que pode ser ainda densificado em estudos futuros.

## **2. ENTRE O RISCO E O PRAZER: AS TENSÕES INTRÍNSECAS AO *BAREBACKING***

Em contraste a décadas de campanhas massivas contra a transmissão do HIV, um fenômeno comportamental controverso passou a atrair olhares intrigados de estudiosos e curiosos.

Pouco a pouco, noticiários e trabalhos acadêmicos passaram debater as práticas socioculturais de *barebacking*. A expressão pode ser em inglês, mas o hábito não é desconhecido no Brasil: trata-se da conduta sexual na qual homens sorodiscordantes (soropositivos e soronegativos) praticam sexo intencionalmente sem uso de preservativos, cientes dos riscos de contaminação e motivados por estes mesmos riscos.

Os primeiros impulsos em tratar o fenômeno como algo típico de um nicho da sociedade, restrito a um número ínfimo de praticantes e sem maiores impactos, logo se mostraram errados. A massiva divulgação espontânea por meio das redes sociais demonstrou que a prática não somente tem um número de adeptos crescente, mas também o potencial de gerar discussões acaloradas sobre identidade sexual, saúde, liberdade e os direitos envolvidos no sensível cenário da transmissão do vírus da AIDS.

### **2.1. Aproximações conceituais e dados epidêmicos**

Para melhor localizar os sentidos e alcance do comportamento, estudiosos do *barebacking* costumam fazer um recorte mais restrito do fenômeno, conceituando-o como a prática do sexo anal intencionalmente desprotegido entre homens, no qual a transmissão do vírus da AIDS é uma possibilidade<sup>1</sup>. É o conceito a ser adotado neste trabalho.

Nesse contexto, o norueguês Rigmor Berg aponta terem sido os primeiros estudos da literatura norte-americana sobre o tema datados dos anos 2000, notadamente trabalhos empíricos que primeiro jogaram luz em tais práticas antes subterrâneas, e, mais à frente, obras voltadas à publicizar medidas contra a contaminação e proliferação do vírus da AIDS.

---

<sup>1</sup> BERG, Rigmor C.. *Barebacking: A Review of the Literature*. **Archives Of Sexual Behavior**, [s.l.], v. 38, n. 5, p.754-764, 22 jan. 2009. Springer Science and Business Media LLC. p. 754.

Algumas das tensões perceptíveis na conduta podem ser identificadas já na denominação que carrega, que em tradução livre significa “cavalgar sem sela”, conforme destaca Berg:

“While the word *barebacking* is an old equestrian expression meaning to ride saddle-less, as a sexual behavior the term is generally attributed to O’Hara (1997), who introduced the term in his book *Autopornography*, describing it as condomless anal sex among HIV-seropositive men. Because of the origin of the word, in a sexual discourse, bareback sex among MSM carries connotations of both something risky and exhilarating”.<sup>2</sup>

Entre os pesquisadores, dois requisitos foram identificados como essenciais para a configuração do *barebacking*, excluindo a hipótese de relações de cunho acidental: intencionalidade dos agentes e aceitação do risco de contaminação<sup>3</sup>.

Observando o fenômeno, D. K. Gauthier e C. J. Forsyth identificaram no discurso de seus praticantes uma variedade de justificativas para este sexo que, em visão extrema, é potencialmente letal. As alegações versam ao redor de alguns eixos principais: a fetichização dos riscos, no sentido de que o comportamento intencionalmente perigoso teria como efeito intensificar o erotismo das relações; os avanços no tratamento do HIV, que empalideceram o medo pintado a cores fortes na epidemia dos anos 80; a sensação de alívio e libertação por não mais possuir um status sorológico indefinido; e, por fim, a ideia de pertencimento e identidade política com o grupo social dos HIV-positivo.<sup>4</sup>

Em perspectiva diversa, Barry Adam propõe uma leitura dos praticantes pautada no perfil do que chamou ser um “ator sexual neoliberal”: as justificativas seriam pouco aproximadas às ideias de rebelião e transgressão, mostrando ao revés um raciocínio moral baseado numa “interação contratual”. A dinâmica refletiria na esfera íntima linguagens e posicionamentos de estruturas sistêmicas, mais do que subjetivas, tal como uma mão invisível a regular as interações humanas:

“In many ways, these accounts for unsafe sex participate in the moral reasoning widely propagated by government and business today that constructs everyone as a self-interested individual who must take responsibility for himself in a marketplace

---

<sup>2</sup>BERG, Rigmor C.. Barebacking: A Review of the Literature. **Archives Of Sexual Behavior**, [s.l.], v. 38, n. 5, p.754-764, 22 jan. 2009. Springer Science and Business Media LLC

<sup>3</sup> Ibid., p. 756.

<sup>4</sup>K.GAUTHIER, Deann; J.FORSYTH, Craig. Bareback sex, bug chasers, and the gift of death. **Deviant Behavior**, [s.l.], v. 20, n. 1, p.85-100, jan. 1999. p. 91 a 95.

of risks. It is perhaps also a particularly masculine discourse in its evocation of the norms of competitive individualism”<sup>5</sup>.

Nesse sentido, alerta o autor que, na mesma proporção que a retórica envolvida no *barebacking* parece “racional, democrática, não-coercitiva e não julgadora, extirpa o espaço para a existência de vulnerabilidade ou mesmo ingenuidade entre seus atores”<sup>6</sup>.

Por sua vez, Carballo-Diéguez e Bauermeister destacam estar presente nos discursos dos praticantes um senso de prazer e liberdade, no qual a autodeterminação ganha mais peso que os perigos de uma eventual contaminação. O *barebacking*, nas palavras dos autores, é um espaço de convergência interdisciplinar o qual enseja “um debate entre *id* e *superego* do ponto de vista psicanalítico”, e do ponto de vista da filosofia, um “confronto entre hedonistas e racionalistas”<sup>7</sup>. Independente da perspectiva, alertam, a conduta gera polarizações e polêmicas, em detrimento de discussões mais aprofundadas sobre como tratar adequadamente sua ampliação.

Também dentre os pesquisadores estadunidenses emergiram duas categorias descritivas dos agentes envolvidos: a divisão de tarefas entre os personagens no ato de transmissão, autodenominados *bug chasers* e *gift givers*. Os primeiros, em tradução livre, são os soronegativos “caçadores de vírus”, buscando a doença voluntariamente. Por sua vez, como contraparte adentram os “doadores de presente”, que ofertam a oportunidade de contaminação.

Sobre essa divisão do trabalho sexual, Brandon Robinson propõe estarmos testemunhando uma espécie de “reencantamento weberiano” das relações íntimas, no sentido de abandono de uma racionalidade a qual busca a proteção da saúde de forma calculada e eficiente. Segundo o autor, os criadores de políticas públicas dos países ocidentais teriam criado um sistema de prevenção do HIV calcado no medo, tendo, por via de consequência, gerado “autoridades hierárquicas paternalistas, as quais ordenam às pessoas sobre como elas devem ter relações sexuais”<sup>8</sup>. Descreve Robinson que os *bug chasers* estariam, de fato, em busca de reatar a conexão perdida com a espontaneidade e a re-exploração das intimidades.

---

<sup>5</sup>ADAM, Barry D.. Constructing the neoliberal sexual actor: Responsibility and care of the self in the discourse of barebackers. **Culture, Health & Sexuality**, [s.l.], v. 7, n. 4, p.333-346, jul. 2005. p. 340.

<sup>6</sup> Ibid., p. 341.

<sup>7</sup>CARBALLO-DIÉGUEZ, Alex; BAUERMEISTER, José. ‘Barebacking’. **Journal Of Homosexuality**, [s.l.], v. 47, n. 1, p.1-16, 19 maio 2004. p. 11.

<sup>8</sup>ROBINSON, Brandon Andrew. Barebacking with Weber: Re-enchanting the rational sexual order. **Social Theory & Health**, [s.l.], v. 12, n. 3, p.235-250, 14 maio 2014. **Springer Science and Business Media LLC**. p. 238.

Para além das teorizações, é de se observar que o antigo consenso de estabilização da epidemia de AIDS não mais subsiste. Segundo dados do Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS (UNAIDS), ao todo 37,9 milhões de pessoas no mundo vivem com HIV em 2019<sup>9</sup>. No Brasil, em dados de fevereiro deste ano, estima-se que 866 mil pessoas sejam portadoras do vírus<sup>10</sup>. Contudo, ecoando uma tendência mundial, o sinal de alerta acendeu-se dramaticamente nos últimos anos no país.

Dados do Boletim Epidemiológico HIV-AIDS 2018, divulgado pelo Ministério da Saúde, trouxeram a grave constatação de que entre 2007 e 2017, a notificação de casos de HIV de pessoas com 15 a 24 anos aumentou vertiginosos 700%<sup>11</sup>. Se o grupamento de análise são os homens na faixa etária de 20 a 24 anos, a taxa de detecção de AIDS cresceu 133% no mesmo período.

Dessa maneira, principalmente em relação aos grupos sociais de jovens adultos, parece ocorrer uma ressaca do cenário sexo seguro que marcou os anos 90, havendo uma retomada dos comportamentos contrários às medidas preventivas. Em certa medida, há uma aproximação com o discurso de saturação adotado pelos *barebackers*: se os anos 90 continham uma retórica da prevenção a todo custo, os anos 2000 geraram o contrafluxo de uma geração entediada pelo discurso de prudência, buscando uma reaproximação com as condutas sexuais pré-epidemia dos anos 80.

## 2.2. Interpretações acadêmicas e midiáticas para o *barebacking* no Brasil

No campo acadêmico, o cenário traçado no Brasil para o fenômeno do *barebacking* recebeu diversos tratamentos. Aproveitaremos a leitura de Luís Augusto Vasconcelos da Silva, em doutorado pelo Instituto de Saúde Coletiva da UFBA (ISC-UFBA), que conduziu entrevistas *online* anônimas com os adeptos da iniciativa entre abril de 2006 e setembro de 2007, publicando uma série de estudos a respeito. O autor identifica uma pluralidade de

---

<sup>9</sup>ESTADOS UNIDOS. UNAIDS/ONU. **Estatísticas Globais sobre HIV em 2019**. Disponível em: <<https://unaids.org.br/estatisticas/>>. Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>10</sup>BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Ministério da Saúde lança campanha para conter avanço de HIV em homens**. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pt-br/noticias/ministerio-da-saude-lanca-campanha-para-conter-avanco-de-hiv-e>>. Acesso em: 29 set. 2019.

<sup>11</sup>JORNAL O GLOBO (Brasil). **O que está por trás da explosão de casos de HIV entre jovens**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/o-que-esta-por-tras-da-explosao-de-casos-de-hiv-entre-jovens-2345939>>. Acesso em: 2 out. 2019.

vínculos entre os parceiros, abarcando desde relacionamentos afetivos estáveis a relações casuais, sendo a pluralidade de cenários a pedra de toque do *barebacking* brasileiro<sup>12</sup>.

Silva destacou dois pontos como marcantes nos discursos dos brasileiros engajados na prática: em primeiro lugar, uma concepção temporal calcada no imediatismo, no sentido de intensificar sensorialmente as experiências humanas presentes, em detrimento de cuidados futuros com a saúde; e, por fim, uma saturação do medo em relação aos efeitos da contaminação. Essa última perspectiva seria, tal como nos Estados Unidos, calcada nos avanços do tratamento para a AIDS, que já permitiriam qualidade de vida e longevidade relativamente estáveis, afastando o espectro de letalidade que tanto marcou a epidemia do vírus no fim do século XX.<sup>13</sup>

Por fim, Silva observou entre os praticantes uma rebelião diante dos discursos normativos de saúde e de sexo seguro, ainda que em diferentes graus de maior aproximação ou distanciamento. Nessa seara, o autor pontua:

“Essa forma ou modalidade de viver o risco (e o erotismo) deve ser enfatizada, sem, contudo, negligenciar a heterogeneidade das práticas e sentidos produzidos através das mesmas, como também a própria instabilidade, os conflitos, exclusões, relações de poder e posicionamentos diversos em torno das categorias identitárias. Compartilho, aqui, do pressuposto de que a identidade é uma produção social, envolve relações de poder, disputas, fronteiras, conflitos e lutas, implica o uso de uma linguagem e posicionamentos (Silva, 2000). Por sua vez, isso possibilita problematizar os modos ou processos de constituição de si ou de subjetivação (Foucault, 2004) – que normatizam ou singularizam os sujeitos - e, por consequência, a liberdade no cuidado de si. Desse ponto de vista, os sujeitos que se dizem *barebackers* tanto podem “resistir” aos discursos imperativos do sexo seguro, inclusive praticando o *barebacking* de forma mais excessiva, de contato total com o outro, como também se aproximar ou se conformar a regras e modelos do discurso preventivo-epidemiológico<sup>14</sup>”.

Para Luís Henrique Sacchi dos Santos, o fenômeno ficou marcado no Brasil por uma polarização talvez acidental, geradora de uma dicotomia simplista. De um lado, haveria uma espécie de glamourização do sexo desprotegido, ganhando visibilidade por promover a ideia de liberdade sem limites para o uso dos corpos. Por sua vez, a postura dos especialistas e responsáveis por políticas públicas seria patologizante, associando o *barebacking* ao

---

<sup>12</sup>SILVA, Luís Augusto Vasconcelos da. **Desejo a flor da tel@**: a relação entre risco e prazer nas práticas de *barebacking*. 2008. 198 f. Tese (Doutorado) - Curso de Saúde Coletiva, Instituto de Saúde Coletiva, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. p. 97.

<sup>13</sup>SILVA, Luís Augusto Vasconcelos da. *Barebacking* e a possibilidade de soroconversão. **Cadernos de Saúde Pública**, [s.l.], v. 25, n. 6, p.1381-1389, jun. 2009. FapUNIFESP (SciELO)., p. 1386.

<sup>14</sup>Ibid., p. 330.

assassinato e ao suicídio<sup>15</sup>. Assim, as aproximações interpretativas do fenômeno tendem a um *chiaroscuro* reducionista, em geral precipitado, que olvida o dever de observar a complexidade dos fatores subjetivos e sociais transversais à prática.

O discurso barroco em relação à conduta não demorou a ser reverberado pela mídia de massa brasileira. A maioria das reportagens, de cunho sensacionalista, deu ênfase às orgias e encontros coletivos envolvendo o *barebacking*, enfatizando a promiscuidade enquanto aspecto definidor do ato. Na reportagem da Folha de S. Paulo “Virei um caçador do vírus HIV”, de 2015, um depoimento anônimo relata a existência de festas e encontros para “batismo ou conversão” dos não portadores, os autodenominados Clubes do Carimbo.

No mesmo texto, outra das fontes relata ter passado aproximadamente cinco anos envolvido em relações desprotegidas intencionais até, finalmente, ter recebido um ambicionado diagnóstico positivo<sup>16</sup>. Na reportagem “Os homens que passam o HIV de propósito”, de 2015, o jornal Estadão relatou o uso de fóruns e comunidades na internet como meios de disseminação de informações sobre a prática, sendo esta plataforma que permite travar conversas tanto a respeito de preferências sexuais e quanto acerca da condição sorológica de forma menos estigmatizada<sup>17</sup>.

O fenômeno também gerou impactos no horizonte cultural, tendo permanecido em cartaz nos teatros da cidade de São Paulo em junho de 2019 a peça “*Bug Chaser: Coração Purpurinado*”, monólogo no qual o ponto de vista do soronegativo é retratado, e segundo o dramaturgo Ricardo Corrêa, é uma reação ao retrato “degenerado e desumanizado” que recebem os buscadores da soroconversão nas reportagens e produtos midiáticos<sup>18</sup>.

Diante da ascensão de casos e depoimentos, a recepção de, ao menos parte da comunidade ligada a políticas públicas de saúde parece pautar-se pelo discurso em prol da

---

<sup>15</sup>SANTOS, Luís Henrique Sacchi dos. Educação e Pesquisa de Práticas Sexuais de Risco (Barebacking sex). In: RIOS, Luís Felipe et al. **Homossexualidade: produção cultural, cidadania e saúde**. Rio de Janeiro: Abia, 2004. Cap. 2. p. 73

<sup>16</sup>FOLHA DE SÃO PAULO. **Virei um caçador do vírus HIV', diz praticante de roleta-russa do sexo**. 2015. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/saopaulo/2015/02/1594341-virei-um-cacador-do-virus-hiv-diz-praticante-de-rol-eta-russa-do-sexo.shtml>>. Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>17</sup>O ESTADO DE S. PAULO. **Os homens que passam o HIV de propósito**. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,os-homens-que-passam-o-hiv-de-propósito,1637673>>. Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>18</sup>VEJA SÃO PAULO. **Ricardo Corrêa sobre “Bug Chaser”: “Gays não estão mais desencanados”**. Disponível em:

<<https://veja.abril.com.br/blog/dirceu-alves-jr/ricardo-correa-bug-chaser-teatro-peca-gays-nao-estao-mais-dese-ncanados-ator/>>. Acesso em: 15 out. 2019.

liberdade sexual - condicionada, no entanto, ao integral direito de ser oferecido ao indivíduo a escolha de ter algum tipo de prevenção. A nota oficial da Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (ABIA) de 9 de fevereiro de 2015 é esclarecedora nesse sentido:

“Faz-se urgente que informações sobre a prevenção sejam transmitidas sem olhares culpabilizantes e discriminatórios, seja para os praticantes de *barebacking*, seja para as populações mais afetadas pela epidemia, seja para as que não utilizam preservativo em suas relações sexuais e queiram optar por outros métodos de prevenção ao HIV. Nós, da ABIA, defendemos que todos estejam livres de estigmas e julgamentos em função de sua forma de experimentar a sexualidade e o prazer sexual”<sup>19</sup>.

Por tal análise, é possível identificar a existência de uma importação das práticas e dos discursos envolvendo o *barebacking* para o território brasileiro. Ainda que não exista um trabalho de amostragem nacional, munido de conclusões generalizantes sobre o número de adeptos ou o desenho do perfil social dos atores envolvidos, tanto a academia quanto a mídia, e mesmo as produções culturais, identificaram uma ocorrência relevante do comportamento em terras nacionais. Assim, a conduta está entre nós, gerando desafios novos e impasses para as ferramentas de regulação dessa peculiar negociação de riscos.

### 2. 3. Entendendo a roleta-russa: a transmissão do HIV e a leitura penal

Para melhor atender a extensão da assunção do risco nas práticas observadas neste trabalho, é necessário esclarecer algumas premissas médicas envolvendo a transmissão do vírus da AIDS, especialmente na vertente da contaminação por via sexual. Em primeiro lugar, em conclusão talvez contraintuitiva para o consenso leigo, nem toda relação desprotegida com um soropositivo traz como consequência inarredável a infecção.

Em julho de 2018, a UNAIDS (Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS) lançou a nota “Indetectável = Intransmissível”, na qual esclarece que 20 anos de evidências científicas atestam ser o tratamento do HIV altamente eficaz na redução da transmissão da doença. O documento menciona estudos que acompanharam a vida íntima de

---

<sup>19</sup>ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA INTERDISCIPLINAR DE AIDS. **ABIA divulga nota sobre a polêmica do *barebacking***. Disponível em: <<http://abi aids.org.br/abia-divulga-nota-sobre-a-polemica-do-barebacking/28159>>. Acesso em: 16 out. 2019.

milhares de casais entre 2007 e 2016, dos quais um parceiro vive com HIV e o outro não, relatando não ter havido um único caso de transmissão sexual do HIV no grupamento analisado. Assim, a agência da ONU pleiteia por uma reformulação do antigo estigma envolvendo os sujeitos HIV positivo, advogando pelo acesso à terapia antirretroviral como fator transformador de vidas<sup>20</sup>.

Entre as principais conclusões do estudo, o programa da ONU é taxativo:

“Assim, além de permitir que pessoas vivendo com HIV permaneçam saudáveis e tenham uma longevidade semelhante à das pessoas que não vivem com o HIV, os medicamentos antirretrovirais agora oferecem uma oportunidade para as pessoas com carga viral indetectável terem relações sexuais sem preservativo sem risco significativo de transmissão do HIV. Globalmente, 47% [35-58%] das pessoas vivendo com HIV tem carga indetectável”<sup>21</sup>.

A mudança no panorama da AIDS deu-se também em outras frentes. Há muito tempo a ideia da AIDS como epidemia restrita a “grupos de risco”, tendo o Brasil experienciado o aumento da infecção por mulheres em relacionamentos heterossexuais dentro de relacionamentos estáveis, bem como as chamadas transmissões verticais, entre gestante e filho. Também nesses casos é prevalente a ocorrência de relacionamentos sem preservativos, no qual as parceiras aceitam o risco de infecção tendo por base o sentimento de confiança nos companheiros<sup>22</sup>.

A alteração da percepção social da doença e seu afastamento da letalidade também se refletiu na leitura jurídico-penal da transmissão intencional do HIV. Ao longo do tempo, a contaminação, quando judicializada, recebeu interpretações variadas nos tribunais. No final do século XX, ainda imbuído de uma postura de terror diante da epidemia e do horizonte de alta mortalidade, era comum o tratamento dos casos como homicídio tentado ou consumado<sup>23</sup>.

O avançar dos conhecimentos médicos e da mudança de visão quanto aos portadores do vírus trouxe outros matizes para o debate sobre o enquadramento da transmissão. Em primeiro lugar, os autores afastam a possibilidade de tratamento da AIDS enquanto moléstia

---

<sup>20</sup>UNAIDS/ONU. **Indetectável = Intransmissível. Saúde pública e supressão da carga viral do HIV.**

Disponível em:

<[https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Indetect%C3%A1vel-intransmiss%C3%ADvel\\_pt2.pdf](https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Indetect%C3%A1vel-intransmiss%C3%ADvel_pt2.pdf)>.

Acesso em: 19 out. 2019.

<sup>21</sup>Ibid, p. 1.

<sup>22</sup>MAIA, Christiane; GUILHEM, Dirce; FREITAS, Daniel. Vulnerabilidade ao HIV/Aids de pessoas heterossexuais casadas ou em união estável. **Revista de Saúde Pública**, [s.l.], v. 42, n. 2, p.242-248, abr. 2008. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0034-89102008005000004>, p. 308.

<sup>23</sup>SCHMIDT, Andrei Zenkner. Aspectos jurídico-penais da transmissão da AIDS. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 37, p.209-234, mar. 2002, p. 209.

venérea, rejeitando o molde do tipo penal do art. 130 do Código Penal nacional, pelo fato do HIV não ser apenas sexualmente transmissível, mas por ter outras possibilidades de contágio<sup>24</sup>, tese confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Habeas Corpus 98.712, de 2010<sup>25</sup>.

No que tange às correntes jurisprudenciais, Carla Rocha Pereira e Simone Souza Monteiro identificaram, em estudo empírico direcionado a processos penais por transmissão de HIV consensual por via sexual, majoritariamente dois enquadramentos: art. 129, § 2, II, (lesão corporal que resulta em enfermidade incurável) ou artigo 131 (perigo de contágio de moléstia grave)<sup>26</sup>. O estudo excluiu os casos de estupro, violência sexual, transfusão de sangue e transmissão vertical (entre mãe e filho na gestação).

No mesmo estudo, as autoras mencionaram a emergência cíclica de projetos de lei que tentam transformar a transmissão deliberada da AIDS em crime hediondo, medida fortemente repudiada por especialistas de saúde pública e associações civis ligados aos direitos da população LGBTQIA+<sup>27</sup>. Em nota técnica, o UNAIDS (Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS) rechaçou uma dessas iniciativas, o Projeto de Lei nº 198/2015. O documento argumenta que a criminalização da exposição ou transmissão do HIV em leis específicas não traz vantagens nem benefícios para a saúde pública, desconsidera os avanços científicos na área, pode minar as respostas eficazes ao HIV já consolidadas no Brasil e pode levar a graves erros judiciários, sendo cada vez mais contestada em todo o mundo<sup>28</sup>.

Dessa maneira, vivenciamos um momento de complexificação do cenário da AIDS, dentro e fora dos tribunais, no qual os consensos de risco não são os mesmos do período epidêmico oitocentista. Talvez essas alterações estruturantes no pensamento social sobre a AIDS tenham conduzido ao revisionismo nos discursos materializado no *barebacking*, fenômeno sobre o qual esse trabalho se debruça. Assim, a reação reversa ou *backlash* comportamental percebida no *barebacking* pode representar uma espécie de síntese deste novo cenário.

Não quer dizer, contudo, que representa uma prática desprovida de consequências práticas indesejadas, tanto sistêmicas quanto individuais. Assim, evoca novas tensões para

---

<sup>24</sup>GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói: Impetus, 2017., p. 397.

<sup>25</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 98.712**. DJe n.248. Brasília, 17 dez. 2010..

<sup>26</sup>PEREIRA, Carla Rocha; MONTEIRO, Simone Souza. A criminalização da transmissão do HIV no Brasil: avanços, retrocessos e lacunas. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, [s.l.], v. 25, n. 4, p.1185-1205, dez. 2015. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-73312015000400008>, p. 1196.

<sup>27</sup>UNAIDS/ONU. **Nota Técnica sobre o Projeto de Lei 198/2015 que "torna crime hediondo a transmissão deliberada do vírus da AIDS**. Disponível em:

<[https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2017/05/144\\_2015\\_03\\_31\\_NT\\_UNAIDSContraPL198.pdf](https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2017/05/144_2015_03_31_NT_UNAIDSContraPL198.pdf)>. Acesso em: 28 out. 2019.

<sup>28</sup>Ibid, p. 1.

velhos cenários de reflexão sobre a legitimidade e a extensão da tutela estatal, contrastando a liberdade de escolhas individuais com a regulação dos indivíduos.

### 3. AUTONOMIA, PATERNALISMO JURÍDICO E RISCO SOCIAL

No capítulo anterior, conhecemos as práticas do *barebacking*, que abrigam debates inquietantes a respeito das liberdades individuais, comportamento sexual e contaminação pelo vírus HIV. Ainda que seja um fenômeno relativamente jovem, trata-se apenas de uma nova face de embates antigos, num desdobramento contemporâneo das recorrentes ocasiões nas quais a autodeterminação individual gera impasses filosóficos e jurídicos.

Entre o sujeito e o Direito, o espaço da autonomia sempre gerou grandes entrechoques. Quando se viu livre da potência divina como impositora vertical dos modos de vida, o livre-arbítrio humano encontrou na figura do Estado uma nova força de resistência. Nesse aspecto, surge a pergunta: até que ponto é plausível e razoável a intervenção estatal nas escolhas dos cidadãos que dele fazem parte? Na esfera penal, há margem para vedar ou penalizar tais condutas? As possíveis saídas a essas perguntas foram esboçadas pelos autores dedicados ao estudo do paternalismo jurídico, que buscam aprofundar as nuances ambivalentes deste quadro.

Noutro aspecto, o problema da tutela jurídico-penal dos comportamentos se complexifica numa sociedade na qual o risco não é mera contingência, mas elemento constitutivo. A prática de comportamentos perigosos está espalhada em diferentes esferas sociais, sendo institucionalizada e regulada em nome do desenvolvimento coletivo. Qual a natureza do juízo, então, que permite certos riscos e veda outros? O esboço da resposta parece perpassar por alguns tabus sociais, em certa medida explicados quando a perspectiva coletiva é trocada pela observação individual. Afinal, conforme defendem alguns autores, a busca pelo risco é construtora da psiquê humana. São as fronteiras dessas questões que abordaremos a seguir.

#### 3.1. A autonomia individual e ecos jurídico-penais

A reflexão sobre a autonomia confunde-se com uma meditação sobre a própria condição humana. A palavra autonomia tem origem do grego *auto* (próprio) e *nomos* (norma, lei ou governo) e associa-se a capacidade de autodeterminação do indivíduo<sup>29</sup>. Pode-se dizer

---

<sup>29</sup>WHITE, Becky Cox. **Competence to Consent**. Washington: Georgetown University Press, 1994. p. 13.

que as elaborações humanas sobre autonomia fortaleceram-se e sofisticaram-se na mesma gradação que ocorria o desencantamento do mundo, na expressão weberiana. Ou seja: órfão da magia que antes emprestava sentido ao seu redor, coube ao homem secularizado, ao longo da marcha da civilização ocidental, ousar pensar os limites de suas ingerências no existir.

Nesse sentido, é rarefeito o número de saberes disciplinares que não se debruçaram sobre o tema. Faremos a seguir uma breve revisão de algumas elaborações mais importantes, para ajudar a construir o debate neste trabalho.

Soraya Nour aponta o uso da palavra autonomia na Grécia em sentidos variados, com preponderância enquanto categoria de organização política das cidades-Estado, sendo o modelo da democracia materializado na gestão autárquica das pólis<sup>30</sup>. Nesse sentido, destaca a autora, Heródoto cunhou os sentidos liberdade interna (autonomia), enquanto contrariedade à tirania, e liberdade externa (heteronomia), como resistência à dependência de um dominador estrangeiro. Ainda que tenha recebido abordagens éticas e estéticas, a política findou por ocupar relevante espaço no debate da autonomia no seio da Grécia<sup>31</sup>.

Fenômeno similar ocorre com as reflexões filosóficas sobre a liberdade, alerta Maria do Carmo Bittencourt de Faria. Debruçando-se especialmente nos trabalhos de Aristóteles, destaca a autora que o grego não trata a questão enquanto liberdade do sujeito, ou autodeterminação do desejo e do arbítrio, mas sim num sentido de exercício intersubjetivo ou social, noutra demonstração da importância da leitura da autonomia enquanto elemento de natureza política na Grécia.<sup>32</sup> Dessa maneira, mesmo que tenha ajudado a plasmar a cultura ocidental, é correto afirmar que a liberdade é um tema aristotélico “não porque tenha sido tematizada nos próprios textos de Aristóteles, mas sim como questão que emerge da tradição que encontra nele sua origem”<sup>33</sup>.

O pensamento kantiano foi o responsável por traçar os principais delineamentos do debate moderno da autonomia. Em sua filosofia moral, a autonomia é a faculdade de dar a si mesmo a sua própria lei<sup>34</sup>. Essa lei é válida porque é autóctone, sendo em última instância aquilo que distingue o ser humano dos outros seres, conferindo-lhe a qualidade de ser um fim

---

<sup>30</sup>NOUR, Soraya. Verbete Autonomia. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 76.

<sup>31</sup>Ibid., p. 76.

<sup>32</sup>FARIAS, Maria do Carmo Bettencourt de. **A liberdade esquecida: fundamentos ontológicos da liberdade no pensamento aristotélico**. São Paulo: Edições Loyola, 1995. p. 11

<sup>33</sup>Ibid., p. 12

<sup>34</sup>NOUR, Soraya. Op. cit., 2006. p. 77

em si mesmo. Violar a autonomia, em consonância com o pensamento kantiano, é entender a pessoa como mero objeto instrumental.

Dessa maneira, para Kant, liberdade e moralidade implicam-se reciprocamente, de modo que agir moralmente é exercitar a liberdade, e exercitar a liberdade é agir moralmente<sup>35</sup>. Por sua vez, entende que somente as ações que puderem ser universalizadas serão consideradas justas e boas, ideia materializada pelo imperativo categórico<sup>36</sup>. Assim esclarece Eduardo Bittar sobre a elaboração de Kant:

“A autonomia significa emancipação pela produção de cultura, de saber e de domínio das explicações sobre os fenômenos, das forças naturais (heteronomia causal) ou das forças supranaturais (heteronomia teológica). Um indivíduo autônomo é aquele que guarda o distanciamento necessário para se tornar autor de si mesmo, e, por isso, legislador pela sua racionalidade de sua própria condição”<sup>37</sup>.

Se a moeda que constitui a autonomia traz a liberdade em seu averso, na outra face está a vontade. Alexandre S. Rocha distingue alguns elementos relevantes para a elaboração do conceito de vontade. Primeiramente, seu uso corriqueiro foi fruto de uma transformação conceitual histórica, que na modernidade associou-se a ideia de desejo. Contudo, esclarece Rocha, não se resume a ele, abarcando também a consciência e a deliberação racional. Conforme o autor, dois fatores contribuem para a deflagração de uma ação calcada na vontade: a formação da vontade em seu aspecto político, com a determinação do objetivo e a admissão do ônus implícito em realizá-lo, seguida da efetiva mobilização para desencadear a ação, considerando os instrumentos necessários e contingências, num aspecto estratégico da vontade<sup>38</sup>.

Na filosofia contemporânea, o cânone iluminista da autonomia recebeu algumas críticas. Destacamos a de Axel Honneth, que em parte do seu trabalho problematiza as vulnerabilidades intrínsecas à autonomia nas sociedades modernas. O filósofo e sociólogo

---

<sup>35</sup>PHILOSOPHY, Stanford Encyclopedia Of. **Immanuel Kant**. 2016. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/kant/#CatImp>>. Acesso em: 15 out. 2019.

<sup>36</sup>MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à Filosofia do Direito: dos Modernos aos Contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 58.

<sup>37</sup>BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 10

<sup>38</sup>MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e Frustração da Tutela Penal**. Apresentação por Alexandre S. Rocha. São Paulo: Saraiva, 201., p. 12

alemão entende que as concepções calcadas numa visão liberalista subestimam o fato de que uma autonomia plena só é possível sob condições socialmente favoráveis.<sup>39</sup>

Foi nessas linhas que Honneth traçou a sua teoria do reconhecimento, segundo a qual as condições para conduzir a própria vida autonomamente se mostram dependentes do estabelecimento de relações de reconhecimento mútuo, de modo que “a autonomia acaba tendo, como condição de possibilidade, uma infraestrutura de reconhecimento que a sustente”<sup>40</sup>. Honnet propõe, assim, uma autonomia relacional, social ou intersubjetiva, cujo exercício pressupõe condições de autorrespeito, autoconfiança e autoestima<sup>41</sup>.

No campo da bioética, a autonomia dos pacientes perante às intervenções médicas também foi tema de sofisticadas elaborações teóricas. Becky Cox White concebe a necessidade respeito a autonomia nas práticas médicas como consequência de uma importância moralmente neutra da autonomia<sup>42</sup>. Tal neutralidade advém de dois fatos: a opção por uma “estrutura de valores”, por meio da qual as pessoas constroem vidas únicas dentro de possibilidades infinitas. Em segundo lugar, as decisões individuais estão pautadas nessa estrutura de valores. Assim, a “autonomia é importante na tomada de decisões porque as escolhas são oportunidades de agir tendo como base os valores pessoais”<sup>43</sup>.

Joel Feinberg define quatro perspectivas pelas quais é possível analisar a autonomia: uma capacidade, uma condição, um ideal e um direito. A capacidade de autonomia, do ponto de vista legal, é usualmente interpretada de modo a excluir infantes e pessoas incapazes de exprimir sua vontade, traçando um limite após o qual pessoas competentes podem se autodeterminar de modo mal conduzido (ou seja, um juízo de tudo ou nada, e não de gradações). Já a condição de exercer autonomia é o poder de viver, de fato, sem sujeitar-se ao jugo alheio por fruto de circunstâncias pragmáticas (financeiras, identitárias) favoráveis. A autonomia enquanto ideal é aproximada das virtudes que um ser humano deve ter. Por fim, quanto a autonomia como um direito, Feinberg gera a analogia da soberania pessoal, inspirada

---

<sup>39</sup>HONNETH, Axel; ANDERSON, Joel. **Autonomia, Vulnerabilidade, Reconhecimento e Justiça. Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**, [s.l.], n. 17, p.81-112, 14 jun. 2011. Universidade de São Paulo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBiUSP. p. 81

<sup>40</sup>Ibid, p. 108

<sup>41</sup>Ibid., p. 108.

<sup>42</sup>WHITE, **Becky Cox. Competence to Consent**. Washington: Georgetown University Press, 1994. p. 14

<sup>43</sup>Op. cit. p. 15.

no conceito de nação do direito internacional, comparando o ser humano enquanto unidade de domínio individual com direito de autogoverno. e respeitado por seus pares enquanto tal.<sup>44</sup>

Para além da analogia de Feinberg às relações estatais internacionais, uma vez transportada para o pensamento jurídico, a autonomia é considerada por muitos autores como pedra fundamental a sustentar o princípio da dignidade da pessoa humana, ramificando-se em fractal por todo o ordenamento. Destaca Luís Roberto Barroso que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, sendo ele próprio fator de legitimação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais<sup>45</sup>.

Dessa maneira, conforme registra Barroso, a dignidade é um amálgama de três eixos: o valor intrínseco da pessoa humana, o valor comunitário e a autonomia da vontade. Esta última ganha a definição de “o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas”.<sup>46</sup> Esclarece Barroso ser ela o fundamento da maioria das declarações de direitos no plano internacional, bem como do constitucionalismo brasileiro<sup>47</sup>.

O âmbito do direito penal tem especificidades próprias na incorporação dos fundamentos da autonomia. A primeira dificuldade origina-se por sua própria natureza, por constituir a fortaleza final do direito público apta a tutelar os interesses considerados socialmente relevantes. Não à toa o direito penal é entendido como um direito da subordinação do indivíduo ao poder do Estado<sup>48</sup>, o qual pode fazer-se valer do poder punitivo em suas acepções mais anuladoras das individualidades.

Nesse contexto, a justificação do sistema penal encontra sobrelevada importância do papel dos bens jurídicos, definidos por Claus Roxin como “circunstâncias dadas ou finalidades úteis para o indivíduo e seu desenvolvimento, no marco de um sistema social global, estruturado sobre a concepção dos fins, ou para o funcionamento do próprio sistema<sup>49</sup>”. Assim, ainda que haja espaço para o desenvolvimento das subjetividades, é intrínseca ao direito penal a proteção das coletividades e dos interesses humanos comunitários. Os interesses individuais, nesse entendimento, não podem dissociar-se dos

---

<sup>44</sup>FEINBERG, Joel. **The moral limits of the criminal law: harm to self**. Oxford: Oxford University Press, 1989, p. 28 e ss.

<sup>45</sup>BARROSO, Luiz Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimo e critérios de aplicação**. [s.i]: Versão Provisória Para Debate Público, 2010. p. 9.

<sup>46</sup>Ibid. p. 24.

<sup>47</sup>Ibid. p. 25

<sup>48</sup>ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general: Fundamento. La estructura de la teoría del delito**. Tomo I.. España: Editorial Civitas, 1994. p. 43.

<sup>49</sup>Ibid. p. 56.

coletivos. Aqui, destaca o autor que o dever de proteção aos bens jurídicos tem origem constitucional, enquanto instrumento de concretização dos direitos fundamentais.

Em sua operação de conexão entre delito e pena, o direito penal necessariamente faz-se valer da violência, ocupando, tal como destacado por Max Weber, o espaço de monopólio do seu uso legítimo<sup>50</sup>. Assim, em maior ou menor grau, tem sido associado ao direito em geral, e ao sistema penal em particular, o aniquilamento das soberanias pessoais.

Contudo, apesar dessas tensões verticais, o direito penal não é impermeável aos influxos da autonomia dos sujeitos. A implementação paulatina de alguns conceitos tenta diminuir a ingerência do direito penal sobre os indivíduos, mitigando o *jus puniendi*. Uma dentre as frentes na qual se opera essa incorporação é pela via do consentimento do ofendido, figura da qual faremos perfunctória exposição.

Lucas Gabriel Santos Costa descreve o consentimento como “instituto dogmático utilizado para relativizar a necessidade de proteção penal em atenção à autonomia”<sup>51</sup>. Trata-se, conforme explica o autor, de um juízo no qual é necessária uma descrição subjetiva da vontade ou querer do portador do bem, ou seja, busca um diagnóstico psíquico da vítima, a qual deseja o resultado<sup>52</sup>, gerando neste contexto importantes consequências práticas.

Em breve revisão histórica do instituto, Roxin aponta que entre os naturalistas o consentimento do ofendido seria possível apenas diante de direitos disponíveis, enquanto a escola histórica rechaçava fortemente a influência do consentimento na punibilidade, pelo fato do poder punitivo estatal não poder estar a disposição do indivíduo<sup>53</sup>. No estado dos debates atuais, a anuência do titular do bem jurídico tem recebido leituras diversas. Alguns autores entendem a aquiescência do ofendido como causa que sempre afasta a tipicidade da conduta, ou causa que por vezes afasta a tipicidade da conduta, por vezes a sua ilicitude<sup>54</sup>.

Dentro do último grupo, os dualistas foram responsáveis pela distinção entre acordo e consentimento enquanto tipos diversos de aquiescência. No cenário de acordo, a consequência é a exclusão da tipicidade. Para o consentimento, o efeito é a queda da ilicitude. O acordo

---

<sup>50</sup>WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. São Paulo: Editora Unb, 2004. p. 525..

<sup>51</sup>COSTA, Lucas Gabriel Santos. **A conduta típica e o comportamento da vítima no direito penal: A intervenção da vítima no ato perigoso**. 2019. 333 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 21.

<sup>52</sup>Ibid, p. 69

<sup>53</sup>ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general: Fundamento. La estructura de la teoría del delito**. Tomo I.. España: Editorial Civitas, 1994. p. 511.

<sup>54</sup>MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e Frustração da Tutela Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 68.

opera somente nos casos que o tipo descrever uma violação de vontade, e aqui repousam os delitos de coação: se um sujeito está de acordo com a coação do outro, ao fim e ao cabo não há coação alguma<sup>55</sup>.

Para os monistas, dentre os quais consta com destaque Roxin, o consentimento pode somente ser causa de exclusão da tipicidade. Segundo tal corrente de pensamento, não haveria lesão quando o abandono dos bens jurídicos é feito por seu próprio titular, sendo mais uma forma de expressão do livre desenvolvimento do indivíduo<sup>56</sup>. Assim, não seria possível fazer uma distinção entre os bens jurídicos e a decisão livre do seu titular, e não caberia à ordem jurídica ingerir-se em tal esfera<sup>57</sup>.

De acordo com a doutrina tradicional, existem alguns critérios para o consentimento válido da vítima: ele deve ser prolatado por agente capaz, ser isento de vícios e não versar sobre bens jurídicos indisponíveis<sup>58</sup>. A legislação brasileira não traz previsão expressa do consentimento, mas ele tem sido admitido nas esferas doutrinária e jurisprudencial como causa supralegal de exclusão da ilicitude.

Outras teorias e propostas reinterpretem a voz do ofendido e a autonomia na análise estrutural do delito, e serão oportunamente discutidas com mais detalhamento em outra seção deste trabalho.

### 3.2. Paternalismo jurídico e limites da atuação estatal

A rota de colisão entre liberdade individual e atuação estatal também foi abordada por trabalhos que tratam do paternalismo jurídico. A origem da palavra paternalismo vem do latim *pater*, que significa pai ou patriarca, e as reflexões, em maior ou menor grau, tentam responder se pode o Estado ou uma autoridade exercer sobre indivíduos capazes imposições análogas às do pátrio poder: hierárquicas e com fins de tutela e proteção.

Numa análise ampla e prévia ao direito, Jason Hanna e Kalle Grill definem o debate moral sobre o paternalismo como a análise de quais condições autorizam a interferência na

---

<sup>55</sup>ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general: Fundamento. La estructura de la teoría del delito**. Tomo I.. España: Editorial Civitas, 1994., p. 512

<sup>56</sup>MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e Frustração da Tutela Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 71

<sup>57</sup>Ibid, p. 71.

<sup>58</sup>QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 12. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 365.

vida de outrem, para o bem dessa própria pessoa<sup>59</sup>. Os autores relembram que tal debate é tão antigo na humanidade como a figura dos reis filósofos de Platão - benevolentes, ilustrados, porém ainda absolutistas<sup>60</sup>. Nas discussões modernas, o trabalho de maior impacto foi o de J.S. Mill, na obra *A Liberdade*, na qual o autor traça o postulado que de uma sociedade só pode legitimamente coagir alguém com o objetivo de prevenir lesões a terceiros, rechaçando as formas de paternalismo<sup>61</sup>.

Nos debates contemporâneos, Gerald Dworkin entende o paternalismo como a interferência na liberdade de ação de alguém, justificada somente em prol do bem-estar, felicidade, necessidades, interesses ou valores da própria pessoa sendo coagida<sup>62</sup>. Haveria, assim, um sujeito que, possuidor de maior sabedoria ou prudência, é autorizado a substituir outra pessoa na tomada de decisões.

Já conforme João Paulo Orsini Martinelli, analisando as definições elaboradas por diversos autores, ações paternalistas podem ser identificadas pelos seguintes caracteres: a) comportamento positivo ou negativo para informar ou obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo; b) falta de confiança de quem age em relação a capacidade de alguém; c) segurança sobre aquilo que se entende ser melhor a alguém; d) contrariedade a vontade de alguém; e) objetivo de promover um bem ou evitar um mal<sup>63</sup>.

O paternalismo é amplamente criticado como algo negativo em si, seja ele genuinamente benevolente ou não. Em contrapartida, muitos autores propõem circunstâncias e condições nas quais o paternalismo não é apenas necessário, mas absolutamente legítimo. Outras leituras, contudo, rejeitam a ideia de que a autonomia é inviolável, na mesma medida que muitas decisões socialmente normalizadas têm cunho irracional, ou sabotam as próprias metas de vida dos autores. Assim, a interferência em tais casos é um dever de compaixão enraizado na falibilidade humana. Nesse sentido mais extremista, afirma Sarah Conly:

“We can leave people to suffer the effects of their errors, errors that can ruin their lives, or we can intervene. Coercive paternalism is humanitarian, engages us in the social interaction of mutual aid, and, finally, reflects the value of human choice,

---

<sup>59</sup>GRILL, Kale; HANNA, Jason. **The Routledge Handbook of The Philosophy of Paternalism**. New York: Routledge, 2018, p. 1.

<sup>60</sup>Ibid, p. 1.

<sup>61</sup>Ibid, p. 2.

<sup>62</sup>DWORKIN, Gerald. **Paternalismo: algumas novas reflexões**. Revista Justiça e Sistema Criminal, Curitiba, v. 7, n. 4, p.71-80, jul. 2012., p. 72

<sup>63</sup>MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 1 v. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito Penal, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 100.

since it helps individual to reach the goals they have set for themselves. It's a policy whose value we need, finally, to acknowledge"<sup>64</sup>.

Nesse cenário, no pólo ativo de uma ação paternalista, não raro está a figura do Estado - e, por sua vez, no pólo passivo, nem sempre está um sujeito presumidamente vulnerável. Pondera Joel Feinberg que, neste caso, ocorre um contraste entre direitos subjetivos e benefícios subjetivos, que causam uma variedade de possíveis abordagens do ponto de vista normativo. Em primeiro lugar, Feinberg estuda os conceitos de lesão e ofensa, entendendo a primeira como uma violação aos direitos de uma pessoa, gerando a frustração de seus interesses. Já a ofensa é meramente situação de desconforto ou desprazer, mas que podem também legitimar interferência penal, caso frustrem interesses de terceiros<sup>65</sup>. Dessa maneira, ambas permitem espaço, em tese, para a atuação estatal paternalista.

Feinberg classifica o paternalismo jurídico em duas grandes categorias: o paternalismo rígido (*hard*) e paternalismo moderado (*soft*), cujo fator diferenciador é o grau de discernimento da pessoa tutelada. O rígido opera-se ante um indivíduo plenamente capaz de discernir seus atos, e os prováveis resultados deles, e que ainda assim pratica uma autolesão ou consente a uma heterolesão. Nesse aspecto, pretende proteger adultos competentes contra a sua própria vontade, na hipótese de consequências danosas<sup>66</sup>.

Já na acepção do paternalismo moderado, a atuação do Estado endereça principalmente condutas com problemas na vontade. Conforme alerta Danny Scoccia, não abarca somente casos envolvendo crianças, bêbados e incapazes, mas aqueles envolvendo ignorância sobre circunstâncias fáticas ou crenças errôneas<sup>67</sup>. O próprio Feinberg questiona se o paternalismo moderado pode ser classificado em última instância como um modo de paternalismo, por ter o ordenamento já tratado em diversas acepções os vícios de vontade<sup>68</sup>.

Ao contrário da repulsão que a ideia de paternalismo jurídico a priori costuma receber, o americano aponta situações nas quais o paternalismo jurídico é legítimo. Assim, o autor propõe a aplicação da “estratégia moderada do paternalismo”, que compreende haver

---

<sup>64</sup>CONLY, Sarah. **Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 204.

<sup>65</sup>MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 1 v. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito Penal, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 39.

<sup>66</sup>FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self**. Oxford: Oxford University Press, 1989. p. 12.

<sup>67</sup>GRILL, Kalle; HANNA, Jason (Ed.). **The Routledge handbook of the philosophy of paternalism**. Routledge, 2018 p. 14.

<sup>68</sup>Feinberg, op. cit., p. 12.

racionalidade na interferência protetora quando as escolhas de um indivíduo não são verdadeiramente dele originadas<sup>69</sup>.

Ao debruçar-se nas tensões entre autolesão e heterolesão consentida, Feinberg distingue a importância de observar se o ofendido teve a iniciativa na ação, interpelando o outro agente, ou é mero instrumento da vontade de alguém. Essa observação é importante, ainda que em extremo, o paternalismo jurídico moderado seja contra ambas autolesão e heterolesão com anuência do lesionado, e ambas ensejariam intervenção<sup>70</sup>.

Também ganha importância no estudo da vontade a distinção entre dano futuro/presente e certo, e o mero risco de sofrer o dano<sup>71</sup>. Em seguida, o autor elege a categoria de risco razoável e não-razoável, reflexão para a qual não há uma simples fórmula matemática que facilite tal classificação, ainda que recomende uma leitura objetiva dos riscos envolvidos no contexto<sup>72</sup>. Por fim, escolhe a análise de voluntariedade/não voluntariedade do risco, alertando que um risco considerado não razoável é comumente escolhido por pessoas racionais em pleno comando de suas competências<sup>73</sup>.

Alerta o autor que, nos moldes clássicos (de fato, aristotélicos), a escolha voluntária perfeita é aquela sob o efeito de nenhuma compulsão, e sem ignorância das circunstâncias<sup>74</sup>. Contudo, a “estratégia moderada do paternalismo” não irá adotar esses conceitos pois aceita interferir em situações menos ideais e inflexíveis, sendo que poucos fatos da vida humana efetivamente passariam por esse crivo. Assim, para definir o grau voluntariedade que seria, em tese, imune à restrições, Feinberg lista outros eixos de análise: quanto mais arriscada a conduta, maior o grau de voluntariedade requerida para sua permissão; quanto mais irreversível o dano, também maior a voluntariedade; e, por fim, as circunstâncias do sujeito envolvido também devem ser consideradas (questões de fato que emprestam um novo contexto ao ato)<sup>75</sup>.

São relevantes as elaborações da “estratégia do paternalismo moderado” para os casos de heterolesão consentida. Feinberg admite que os cenários envolvendo dois sujeitos são os

---

<sup>69</sup>FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self**. Oxford: Oxford University Press, 1989. p. 98

<sup>70</sup>Ibid., p.100.

<sup>71</sup>Ibid., p. 101

<sup>72</sup>Ibid, p. 102.

<sup>73</sup>Ibid, p. 107.

<sup>74</sup>FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self**. Oxford: Oxford University Press, 1989, p. 113.

<sup>75</sup>Ibid, p. 117-123.

mais sensíveis da sua elaboração teórica, entendendo haver consentimento tanto no cenário que o ofendido origina a ideia da lesão e pede que ela seja efetivada por um terceiro, quanto no cenário de mera anuência. Contudo, aponta o autor americano que o paternalismo moderado deve se posicionar da mesma maneira nos casos de autolesão e de heterolesão consentida: com a missão de distinguir os atos voluntários e involuntários que geram malefícios ao sujeito, e restringir a ação estatal às hipóteses em que há falhas na voluntariedade que a tornam inválida<sup>76</sup>.

Por esta via, Feinberg identifica como válidos três tipos de consentimento, o expresso, o prévio (diferido na dimensão temporal, a exemplo de um testamento) e o consentimento tácito (somente no sentido de não verbal, mas divergente do hipotético, presumido ou ficcional). Entre os fatores que levam à falha do consentimento, o americano lista o uso de força coercitiva, barganha coercitiva, crenças defeituosas e incapacidade do sujeito<sup>77</sup>.

Conforme analisa Martinelli, Feinberg parte de fundamentos morais para a classificação de condutas lesivas ou ofensivas, de modo a minimizar a atuação do Estado na liberdade individual para os cenários de problemas com a vontade, alinhando-se, em sua perspectiva, ao princípio da subsidiariedade do direito penal. Contudo, o raciocínio predominantemente indutivo feito por meio de casos impede, de acordo com a crítica de Martinelli, a conformação de um denominador comum de lesividades aptas a serem punidas criminalmente<sup>78</sup>.

Heidi M. Hurd localiza alguns problemas para a aplicação do paternalismo no direito penal, motivos pelos quais os legisladores deveriam resistir à tentação de estreitar essa relação. Em primeiro lugar, aponta a americana, nenhuma das teorias legitimadoras do direito penal justificariam a punição como modo de salvar o agente de danos criados por si mesmo. Em segundo lugar, o uso de coerção ou violência à autonomia pode ser deletério aos direitos fundamentais. Dessa maneira, ainda que de origem benevolente, as ações envolvendo o paternalismo jurídico-penal continuariam tendo de justificar-se para manter sua subsistência no ordenamento.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup>FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self**. Oxford: Oxford University Press, 1989, p.173

<sup>77</sup>Ibid, p. 189, 229, 269 e 316.

<sup>78</sup>MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 1 v. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito Penal, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 161.

<sup>79</sup>HURD, Heide M.. **Paternalism and the criminal law**. In: GRILL, Kalle; HANNA, Jason. *The Routledge Handbook of The Philosophy of Paternalism*. New York: Routledge, 2018. Cap. 22. p. 277-293, p. 277.

### 3.3. O risco enquanto elemento do tecido social e da psiquê humana

A dogmática jurídico-penal vive hoje o desafio de administrar as liberdades numa sociedade eivada de riscos. Não parece mais ser possível pensar a teoria do delito alheada do fato de que o risco é naturalizado e institucionalizado em diversos aspectos da vida humana. Se idealmente nenhuma atividade humana jamais esteve isenta de risco, este parece, no entanto, assumir papel central no próprio delineamento descritivo da pós-modernidade.

Eduardo Bittar distingue a pós-modernidade por meio da troca das lógicas da racionalidade, permanência, ordem e certeza pela incorporação das ideias como transitoriedade, probabilidade e relatividade. Como efeito, as formas de vida e de juízo da modernidade (axiológico, estético, político, científico, cultural) não mais são suficientes para explicar os fenômenos sociais ao redor.<sup>80</sup>

O risco parece, no entanto, fazer parte do próprio delineamento descritivo da pós-modernidade. Eduardo Bittar distingue a pós-modernidade por meio da troca das lógicas da racionalidade, permanência, ordem e certeza pela incorporação das ideias como transitoriedade, probabilidade e relatividade. Como efeito, as formas de vida e de juízo da modernidade (axiológico, estético, político, científico, cultural) não mais são suficientes para explicar os fenômenos sociais ao redor.<sup>81</sup>

Um dos trabalhos de maior impacto nas questões sobre o risco na contemporaneidade é o do sociólogo alemão Ulrich Beck, na obra *Sociedade do Risco*. A proposta do trabalho entende que o nível alcançado pelas atuais forças produtivas humanas no uso econômico da natureza não apenas gera riscos como consequências, mas busca ativamente por sua existência e circulação, transportando essa análise para as crises econômicas sistêmicas, a poluição e o terrorismo, dentre outros. Assim, o risco não é efeito automático, mas produção intencional, tal como explicado no excerto abaixo:

“Na modernidade tardia, a produção social de *riqueza* é acompanhada pela produção social de *riscos*. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõe-se os problemas e conflitos surgidos a partir da

---

<sup>80</sup>BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 762.

<sup>81</sup>BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 762.

produção, definição e reprodução de riscos científico-tecnologicamente produzidos” (Grifos do autor).<sup>82</sup>

Dessa maneira, para Beck, a massificação e globalização das relações sociais não gerou um simples aumento do poder de aniquilamento e devastação dos danos. O que marca, de fato, a pós-modernidade é a auto-fabricação de riscos, de modo que neles se opera uma institucionalização manufaturada<sup>83</sup>. Nesse contexto, expõe o autor sua própria definição de risco:

José Manuel Mendes aponta como contributo de Beck nos debates da pós-modernidade a alteração de uma perspectiva utópica de evolução da civilização por uma leitura mais sombria. Os riscos tratados por Beck não podem ser contidos espacial e temporalmente, mas agem de modo que alimentam e retroalimentam as dinâmicas sociais. Nesse sentido:

“Para Beck, os riscos, tal como a riqueza, são objeto de distribuições. Ambos estão na origem de posições sociais específicas, definidas como posições de risco e como posições de classe. A diferença é que nos riscos estamos perante a distribuição de “males”, não de bens materiais, de educação ou de propriedade. E aqui reside uma das teses mais controversas de Ulrich Beck. Beck argumenta, a partir da própria noção de que os riscos são transescalares, que a distribuição desses males, dos riscos, é transversal a todas as classes sociais”.<sup>84</sup>

Na leitura sociológica de Beck, os riscos perdem a natureza de indesejados ou evitáveis para se tornar moeda de troca nas relações sociais, chegando mesmo a ser incentivados ou valorizados, plasmando-se em nosso espírito do tempo de modo estrutural. Ainda que tenham sido construções profundamente enraizadas nos problemas ecológicos, muitos autores atribuem a Beck a construção de uma leitura válida dos diversos aspectos sociais contemporâneos e dos padrões coletivos de vida.

Eduardo Diniz Neto identifica no contexto da sociedade de risco a imposição de um novo desafio para a política criminal, principalmente no sentido da resposta pela via do expansionismo do direito penal, exigindo-lhe contornos renovados, aptos a responder a novos desafios. No entanto, alerta o autor que tal cenário não pode conduzir ao fenômeno da “inflação punitiva” ou de uma aproximação do “direito penal do inimigo”<sup>85</sup>, devendo-se

<sup>82</sup>BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2013. p. 23.

<sup>83</sup>BECK, Ulrich; REY, Jesús Alborés. *La Sociedad del Riego Global*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002. p. 5.

<sup>84</sup>MENDES, José Manuel. Ulrich Beck: a imanência do social e a sociedade do risco. *Análise Social*, Lisboa, v. 214, n. 1, p.211-215, mar. 2015. p. 212

<sup>85</sup>DINIZ NETO, Eduardo. **Sociedade de risco, direito penal e política criminal**. *Revista do Direito Público*, [s.l.], v. 5, n. 2, p.202-220, 15 dez. 2010. Universidade Estadual de Londrina. p. 210.

sempre ser pautado pelos ditames do respeito à cidadania e dos marcos constitucionais. Quanto aos debates do risco nas novas propostas da dogmática penal, debruçou-se largamente a teoria da imputação objetiva, a qual será analisada no capítulo a seguir.

Por fim, a questão da compulsão por riscos do ponto de vista da psicanálise, não será aprofundada aqui, pois envolveria um trabalho próprio. São interessantes, no entanto, alguns delineamentos sobre o tema.

O primeiro é o dos trabalhos de Sigmund Freud sobre o conceito de pulsão. Esclarece Nina Saroldi que Freud apresenta a pulsão como um “conceito-limite, algo que reside na fronteira entre o que é próprio do corpo, o somático, e o que é da alma, o psíquico”<sup>86</sup>. Assim, a pulsão seria um representante psíquico de estímulos corporais, funcionando como uma ponte de ligação entre corpo e mente.

Um dos postulados de Freud é que o homem é dotado de um potente e constante dualismo pulsional. A formulação freudiana das pulsões de vida e morte debruçou-se sobre as motivações subjacentes à conduta humana. O psicanalista austríaco trabalhou essas construções como parte da subjetividade, que viveria dividida fundamentalmente entre as pulsões de destruição (*Tânatos*) e as pulsões de criação de vida e do prazer (*Eros*). Assim, é da natureza do cerne humano viver dividido entre essas antípodas, e cada ação humana é contraditória em si, por ser fundamentada por ambos os aspectos<sup>87</sup>.

Dessa maneira, a pulsão de vida seria uma força construtora de tensões, enquanto a pulsão de morte reclama um retorno ao patamar zero e a aniquilação, e ambas atuam alternadamente na repetição das ações humanas, ensejando novos recomeços<sup>88</sup>. Assim, a pulsão de morte busca a supressão de toda falta ou penúria, o retorno a um estado de satisfação plena<sup>89</sup>, que por vezes significa a própria anulação do ser. Nas palavras de Ana Vicentini: “a esse tipo de movimento Freud caracterizou como retorno ao estado inanimado, como supressão de qualquer nível de tensão ou como estado de Nirvana”.

Explicar Joel Birman que a pulsão se materializa como uma excitação mental que leva a uma excitação física, voltada para a ação. Segundo o autor americano, “o que o aparelho psíquico buscaria com a volúpia seria, enfim, a quietude nirvânica e a ausência completa de

---

<sup>86</sup>SAROLDI, Nina. Introdução à obra. BIRMAN, Joel. **As pulsões e seus destinos: do corporal ao psíquico**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 9.

<sup>87</sup>NASIO, J.-d. **Introdução às obras de Freud, Ferenczi, Groddeck, Klein, Winnicott, Dolto, Lacan**. Rio de Janeiro: Zahar, 1995.

<sup>88</sup>AZEVEDO, Ana Vicentini de. **Mito e a psicanálise**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 30

<sup>89</sup>Ibid, p. 30

excitabilidade”<sup>90</sup>. Essa leitura é transposta do âmbito puramente sexual para toda os aspectos da vida humana, de modo que para Freud a sexualidade nunca sai de pauta do aparelho psíquico, destaca Birman.

A partir dessas elaborações, é possível entender que o consentimento por um risco é, no âmbito psicanalítico, a busca pelo alívio da sua realização: de alguma maneira, para aquele sujeito, o pior resultado também é um resultado desejado. Trata-se de questão complexa e de generalização ainda mais sensível, contudo, a leitura freudiana traz interessantes interpretações sobre a complexidade dialética, tal como define Vincentini, das relações humanas.

---

<sup>90</sup>BIRMAN, Joel. **As pulsões e seus destinos: do corporal ao psíquico**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 89.

#### 4. O PAPEL DA VÍTIMA NAS LEITURAS DO DELITO

A racionalização do direito penal foi, também, um processo de esmaecimento da figura da vítima. O Estado moderno centralizou o tratamento e punição do delito colocando-se como único interlocutor legítimo do autor, dando à vítima papel coadjuvante em todo o cenário do crime.

Contudo, principalmente a partir da segunda metade do século XX, tanto a criminologia quanto a dogmática penal voltaram os olhos novamente para a vítima, em um esforço de entender seu papel e reintegrá-la no debate. As novas concepções trazem propostas variadas, que vão desde a valorização da autonomia do ofendido, até um convite para que ele seja agente na tutela dos próprios bens jurídicos. Em todos aspectos, percebe-se a tentativa de restabelecer uma interlocução com a vítima, não mais vista como mero receptáculo do crime. A evolução dessas perspectivas será delineada a seguir.

##### 4.1. A marcha da vítima no pensamento penal

Ainda que hoje os holofotes doutrinários da teoria do delito estejam significativamente voltados ao papel do autor e suas vontades, pode-se dizer que, numa perspectiva histórica, tal movimento foi pendular. A vítima já foi detentora do protagonismo epistemológico penal, e vem, lentamente, conquistando de volta espaço e voz na tessitura dos elementos do crime.

Antes de trilhar essa marcha, de antemão, faz-se necessário estabelecer a definição conceitual de vítima a ser adotada neste trabalho. Álvaro E. Márquez Cárdena delimita a extensão do vocábulo vítima como aquele que sofre um dano, estejamos diante de um sujeito totalmente inocente, ou perante àquele que tenha participado direta ou indiretamente na produção deste prejuízo, seja por suas inclinações conscientes ou inconscientes.<sup>91</sup>

O direito penal tomou emprestado da seara cultural os usos do vocábulo vítima. Cárdena destaca a raiz originalmente religiosa do termo, no sentido de “ser vivo sacrificado a alguma deidad, o cumplimiento de un rito religioso”<sup>92</sup>. O autor explana ter o caráter sagrado

---

<sup>91</sup>ENRIQUE, Márquez Cárdenas Álvaro. **La Victimologia como Estudio: redescubrimiento de la víctima para el proceso penal**. Prolegómenos: Derechos y Valores, Bogotá, v. , n. 27, p.27-42, jul. 2011. p. 31

<sup>92</sup>Ibid, p. 31

aparecido também na origem latina do termo, o qual na acepção *vinciri* refere-se aos animais oferecidos em ritual, enquanto no vocábulo *vincere* faz menção a “sujeito vencido”<sup>93</sup>.

Quanto ao entendimento da expressão no direito penal, o trabalho de Edgard de Moura Bittencourt, de 1971, costuma ser apontado como referência nacional no debate<sup>94</sup>. Na obra “Vítima”, o autor propõe a divisão do conceito de vítima em cinco acepções ou sentidos<sup>95</sup>. Inicialmente, o conceito originário, que significa pessoa ou animal sacrificado à divindade; o geral, que designa pessoa que sofre os resultados infelizes dos próprios atos, dos de outrem ou do acaso; o jurídico-geral, que abrange aqueles que sofrem diretamente ofensa ou ameaça a bens tutelados pelo direito; o jurídico-penal-restrito, que abarca o indivíduo que sofre diretamente as consequências da violação de uma norma penal; e por fim, o autor elabora a categoria do jurídico-penal-amplo, que abrange não apenas o indivíduo, mas a comunidade que sofre diretamente as consequências do crime.

Bittencourt esclarece ainda que a expressão ofendido e vítima “significam a mesma ideia” e podem substituir-se<sup>96</sup>. Movimento diverso se perfaz quanto ao conceito de sujeito passivo, que inclui necessariamente a figura do Estado-Administração, e nas palavras do autor é o titular dos interesses tutelados pela norma penal. Assim, conforme Bittencourt, todo delito tem o Estado como sujeito passivo constante, acompanhado do sujeito passivo eventual, o titular do interesse concreto lesado.

Dentro do pensamento penal, a vítima teve seu papel constantemente ressignificado. Entre os teóricos, convencionou-se identificar três grandes ciclos de reflexões sobre a vítima, que em maior ou menor medida traçam sua habilidade de intervir nos efeitos do delito. Sérgio Salomão Shecaira aponta essa divisão entre as chamadas era de ouro da vítima, neutralização da vítima e redescobrimto desses sujeitos no horizonte penal<sup>97</sup>.

Shecaira define como marco da idade de ouro da vítima os primórdios da civilização até a Alta Idade Média<sup>98</sup>. Dessa maneira, o esplendor do poder da vítima é associado também à fase de máxima irracionalidade penal. É a chamada era da vingança privada, na qual o filtro

---

<sup>93</sup>ENRIQUE, Márquez Cárdenas Álvaro. La Victimologia como Estudio: redescobrimto de la victima para el proceso penal. **Prolegómenos: Derechos y Valores**, Bogotá, v. , n. 27, p.27-42, jul. 2011., p. 31

<sup>94</sup>FELIPE, Rafael Luego. **O papel da vítima na teoria do delito: a necessidade de distinção entre as regras do consentimento e a heterocolocação em perigo**. 2018. 1 v. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018 p. 11.

<sup>95</sup>BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito, 1978. p.51.

<sup>96</sup>BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito, 1978. p. 52

<sup>97</sup>SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 55

<sup>98</sup>Ibid., p. 55

do Estado como forma de assegurar a ordem social sequer fazia parte da equação, ou ocorria de forma débil, permitindo, assim, que a vítima fosse ao mesmo tempo persecutora e executora da retribuição buscada, na qual dinheiro ou sangue eram as penalidades possíveis para a lesão de um direito.

Como contraponto, David Augusto Fernández faz um panorama do espaço relegado à vítima nas codificações antigas, nas quais identifica sinais de incentivo a composição legal entre sujeito ativo e passivo do ilícito. Assim, no Código de Ur-Nammu, nas Leis de Eshnunna, no Código de Hamurabi e na Lei Mosaica, paulatinamente foram apresentadas alternativas ao exercício da vingança privada e da violência, nas quais a proporcionalidade buscava atenuar a barbárie<sup>99</sup>.

Em Roma, com muito mais propriedade debateu-se o dano material e imaterial, e aqui Fernandez demarca a emergência das reflexões acerca da personalidade da vítima, enquanto elemento condizente com o estudo da extensão e amplitude do dano moral, de natureza psicológica<sup>100</sup>. Marine Carrière de Miranda menciona a manifestação alegórica da figura do consentimento do ofendido na teoria do delito no Digesto de Ulpiano (XLVII, 10.1.5) “*nulla iniuria est, quae in volentem*”, isto é, “o que se realiza com a vontade do lesado não constitui injusto”<sup>101</sup>.

É o fortalecimento do aparato estatal que esmaece a participação da vítima no ilícito. Kirchengast relaciona a evolução do direito medieval com essa gradual anulação. Com a substituição das relações de propriedade feudais (poder difuso, repartido e privado, nas palavras do autor) pelas instituições organizadas, alterou-se o prisma de tratamento do crime, que deixou de atingir o indivíduo numa perspectiva local para ferir a sociedade sob a ótica nacional. Tal mudança de rumo, por sua vez, serviu como legitimação do Estado como centro de soberania detentor do monopólio do poder territorial independente, bem como dos meios de violência<sup>102</sup>. Nesse sentido, Kirchengast destaca a solidificação de institutos como o júri, com o poder de continuar o processo independente da vontade da vítima, dentre outros procedimentos da cada vez mais fortalecida jurisdição criminal.

---

<sup>99</sup>FERNANDES, David Augusto. Direitos Humanos e Vitimologia: uma nova postura da vítima no Direito Penal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, [s.l.], n. 64, p.379-411, 23 dez. 2014. p. 380.

<sup>100</sup>Ibid., 2014. p. 385.

<sup>101</sup>MIRANDA, Marine Carrière de. **Reflexos da Vitimodogmática no Consentimento em Direito Penal**. 2016. 1 v. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. p. 24.

<sup>102</sup>KIRCHENGAST, Tyrone. **The Victim in Criminal Law and Justice**. London: Palgrave Macmillan, 2006 p. 9.

A “virada de Copérnico” que retirou a vítima da posição de mero satélite do delito ocorreu sob os incontornáveis efeitos da 2ª Guerra Mundial. Shecaira aponta os ecos do holocausto sob o regime nazista como a alavanca necessária para efetivar essa mudança de perspectiva. É também nessa época que se dá a gênese da Vitimologia, emergida enquanto disciplina que tem por objeto o estudo da vítima e sua posição no fenômeno do crime, ramo que se pretende independente da disciplina-mãe, a criminologia.

Como marco inicial atribui-se o trabalho de Benjamin Mendelsohn, professor de criminologia da Universidade Hebraica de Jerusalém, que, em 1947, apresentou a conferência “Um novo horizonte na ciência biopsicosocial - A Vitimologia”<sup>103</sup>. Outros apontam como precursor do estudo Hans Von Hentig, com a obra “The Criminal and his Victim”, publicado em 1948<sup>104</sup>. Contudo, é consenso que a obra de Mendelsohn foi fundamental para desenvolver os estudos científicos sobre a matéria.

Cárdenaz entende ser o objeto de estudo da Vitimologia mais amplo que a observação da vítima em si, aspectos de personalidade e características, defendendo a necessidade de uma aproximação a partir de diversos níveis, partindo de uma leitura individual da vítima, para então traçar uma análise ampla da prática de vitimização, que culmina com reflexões voltadas à reparação das lesões sofridas<sup>105</sup>.

Abdel Ezzat Fattah observa que a consolidação da Vitimologia enquanto ramo do conhecimento perpassou pela evolução em dois aspectos: mudanças dos estudos micro para macro, e transformação da Vitimologia teórica em Vitimologia aplicada. No primeiro prisma, o foco alterou-se do aspecto individual (psicologismo da vítima, essencialmente) para estudos sociodemográficos sobre vitimização, em busca de tendências e padrões populacionais.

Em seguida, aponta Fattah ter a Vitimologia amadurecido ao perder o cunho fundamentalmente teórico, voltado à conduta da vítima, para uma Vitimologia aplicada, que em muito aproximou-se da ideia de implementação de políticas públicas para assistir a vítima na afirmação dos seus direitos, num movimento classificado pelo pesquisador como de ativismo político. O autor identifica um efeito negativo dessa tendência na política criminal:

---

<sup>103</sup>KIRCHENGAST, Tyrone. **The Victim in Criminal Law and Justice**. London: Palgrave Macmillan, 2006 , p. 13.

<sup>104</sup>FERNANDES, David Augusto. Direitos Humanos e Vitimologia: uma nova postura da vítima no Direito Penal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, [s.l.], n. 64, p.379-411, 23 dez. 2014. p. 386.

<sup>105</sup>ENRIQUE, Márquez Cárdenas Álvaro. La Victimologia como Estudio: redescubrimiento de la victima para el proceso penal. **Prolegómenos: Derechos y Valores**, Bogotá, v. , n. 27, p.27-42, jul. 2011. 37.

teria reforçado o discurso de reações vingativas frente à delinquência, fortalecendo a agenda punitiva de políticos conservadores.<sup>106</sup>

Este trabalho pretende observar a vítima sob a lente do direito penal, entendendo haver uma pluralidade de significados para o conceito de vítima na seara criminológica, sem deixar de reconhecer a importância dos contributos desta disciplina, inclusive como provocadora de novas reflexões na doutrina penal. Portanto, para os fins aqui discutidos, entendemos ser correta a proposta de Edgard de Moura Bittencourt, com a identificação entre os vocábulos *vítima* e ofendido, e adotamos a expressão sujeito passivo do delito no sentido doutrinário jurídico-penal.

Conforme veremos a seguir, ainda que o surgimento do próprio direito penal enquanto direito público tenha coincido com a fase de neutralização da vítima, a dogmática também sofreu, ela própria, os influxos do retorno do ofendido aos campos de análise do delito.

#### 4.2. Modernas concepções sobre a responsabilidade da vítima

O tratamento dogmático para a vítima busca encontrar um lugar para esta figura na divisão analítica do delito. Trata-se, contudo, de uma virada de perspectiva recente, tendo-se inclusive afirmado que “à vítima do delito foi relegado a ser, também, uma vítima da teoria do delito”<sup>107</sup>. A seguir, faremos uma exposição não exaustiva das propostas teóricas que tentaram mudar tal cenário, para melhor entender os fatores que as distinguem.

Cancio Meliá localiza nos anos 80 e 90 a ebulição na doutrina dos debates ao redor da responsabilidade da vítima, principalmente na Alemanha. Na época, o nascedouro das reflexões foram os casos concretos e a jurisprudência, debruçando-se ao redor de situações reais que tensionam a antiga divisão de papéis autor-vítima. Nessa linha, um julgado paradigmático envolveu o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 1984, o “caso da agulha”, no qual um sujeito que forneceu instrumentos para um viciado em heroína aplicar a

---

<sup>106</sup>FATTAH, Ezzat. Victimología: pasado, presente y futuro. **Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia**, [s.l.], v. 2, n. 16, p.1-33, jan. 2014. p. 7.

<sup>107</sup>ESER 1996, p. 1020 apud MELIÁ, Manuel Cancio, Manuel Cancio. **La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima**. Bogotá: Centro de Inversiones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998. p. 79.

droga em si mesmo foi absolvido da acusação de homicídio culposo, em uma virada jurisprudencial considerada pelo autor como um ponto de inflexão<sup>108</sup>.

A respeito dos modelos de solução dogmáticos que se soergueram perante tais influxos, Cancio Meliá sistematiza a existência de determinados grupos ou paradigmas, os quais, por didatismo, serão adotados neste trabalho. No primeiro grupo estão as reformas para a teoria da causalidade que pretendem incluir a conduta da vítima. Dos tribunais surgiram construções como a concorrência de culpas e a negligência contributiva, nas quais o comportamento da vítima para o sucesso do resultado pode diminuir a responsabilidade do autor ou extirpá-la por completo, num juízo de intensidade ou preponderância. Meliá critica o sincretismo de tal escolha, por vezes rudimentar, dos tribunais, pois ao cabo “situa a questão no âmbito da causalidade, mas cria espaço para introduzir outras valorações”.<sup>109</sup>

Num segundo grupo, está a perspectiva que o autor identifica como a majoritária, ainda que seja internamente homogênea: a aplicação de parâmetros derivados do instituto do consentimento do ofendido. Como problemática, Meliá distingue a ocorrência de uma manipulação conceitual do consentimento, com a aplicação em situações para os quais não foi desenhado. Adverte o autor que não cabe ao diagnóstico psíquico da vítima ser elemento decisivo da análise, por descrever apenas um setor parcial das consequências do comportamento do sujeito lesionado na imputação jurídico-penal. Assim, assevera que:

“La imputación jurídico-penal, sin embargo, no se produce exclusivamente desde su perspectiva (consciente). Por el contrario, con el análisis jurídico-penal ha de llegarse, en última instancia, a una determinación del ámbito de responsabilidad del autor, y éste no puede depender sencillamente de lo que la víctima sepa o no sepa, desee o no desee fácticamente”<sup>110</sup>.

Meliá prossegue apontando como terceiro grupo a doutrina alemã, influenciada sobretudo por Roxin, como as posturas que buscam diferenciar a participação em uma autocolocação em perigo (impunível, em princípio, por não integrar o alcance do tipo) da heterocolocação em perigo (punível, a priori). No repertório exemplificativo clássico, o primeiro conceito é o daquele que participa com um terceiro de uma corrida irregular de veículos. No segundo caso incide quem leva essa pessoa no assento do carona nesta mesma

<sup>108</sup>MELIÁ, Manuel Cancio, Manuel Cancio. **La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima**. Bogotá: Centro de Inversiones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998 p. 82.

<sup>109</sup>Ibid p. 108.

<sup>110</sup>MELIÁ, Manuel Cancio, Manuel Cancio. **La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima**. Bogotá: Centro de Inversiones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998. p. 111.

competição. Aqui, o espanhol destaca as enormes dificuldades de distinguir as condutas de autocolocação e heterocolocação no âmbito do contágio de uma doença sexualmente transmissível, por exemplo<sup>111</sup>. Sobre as críticas de Meliá a essa proposta doutrinária, retornaremos oportunamente.

Por fim, o autor espanhol agrupou em quarto lugar os estudos da Vitimodogmática, que se distinguiram por adotar a metodologia de interpretação teleológica dos tipos penais. Meliá aponta como principal nome o alemão Bernd Schünemann, esclarecendo que seus autores teriam como denominador comum a tese de que a imposição da pena como *última ratio* não é absoluta. Assim, não se faz apropriada nos casos em que a vítima não merece proteção ou dela não necessita, devendo-se eliminar a responsabilização das formas de comportamento nas quais a vítima pode proteger-se a si mesma<sup>112</sup>. Assim, opera em procedimento dedutivo, detendo-se sobre a finalidade do direito penal, mas sem deixar de empiricamente considerar o status da vítima na conformação da proteção estatal<sup>113</sup>.

Faremos, a seguir, sucinta exposição sobre a teoria da imputação objetiva de acordo com a proposta de Claus Roxin, como maneira de identificar aproximações e afastamentos das contribuições teóricas da Vitimodogmática, que será utilizada como referencial neste trabalho. O exame da teoria também é valioso por trazer significativos debates sobre os casos nos quais concorre na gênese do risco a pessoa que posteriormente sofre as lesões.

Explica Délio Lins e Silva Júnior ser ponto central na reformulação de Claus Roxin para o tipo penal a superação do entendimento de que a relação causal entre conduta e resultado é suficiente para a atribuição de responsabilidade do agente<sup>114</sup>. Para isso, Roxin cria filtros ou nexos normativos dentro da tipicidade que buscam abarcar a complexidade das relações sociais. Nessa proposta, o alemão entende que somente é possível imputar a alguém um fato típico se houve a criação de um risco juridicamente desaprovado, seguida da realização desse risco no resultado, e esse resultado se encontra dentro do alcance do tipo<sup>115</sup>.

Com isso, Roxin localiza o direito penal como ferramenta que deve preocupar-se com a relevância jurídica das condutas, e buscar traçar quais são os perigos socialmente tolerados

---

<sup>111</sup>Ibid. p.115.

<sup>112</sup>Ibid, p. 117.

<sup>113</sup>Ibid. p. 118.

<sup>114</sup>SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. **Imputação Objetiva e a Conduta da Vítima**. Curitiba: Juruá, 2010. 185 p. 87

<sup>115</sup>ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 38, p.10-30, abr. 2002. p. 13.

como maneira de diminuir o âmbito da atuação penal.<sup>116</sup> Argumenta Délio Lins e Silva que “a questão da dualidade entre risco proibido e risco permitido apresenta-se atinente à sociedade”<sup>117</sup>, listando fatores como o desenvolvimento industrial, técnico e coletivo. Assim, nas palavras de Lins e Silva, o desafio da imputação objetiva é equilibrar a atuação penal entre as atividades desempenhadas em busca do aperfeiçoamento social e a efetiva proteção dos bens jurídicos<sup>118</sup>.

Impende destacar que, para Roxin, a imputação objetiva não significa um descarte dos aspectos subjetivos do tipo:

“A imputação objetiva se chama objetiva não porque circunstâncias subjetivas lhes sejam irrelevantes, mas porque a ação típica constituída pela imputação - o homicídio, as lesões, o dano etc - é algo objetivo, ao qual só posteriormente, se for o caso, se acrescenta o dolo, no tipo subjetivo. Ao tipo subjetivo pertencem somente elementos subjetivos do tipo, como o dolo e os elementos subjetivos do injusto. Conteúdos de consciência que não são elementares do tipo, mas que têm importância unicamente para o juízo de perigo ou para a distribuição da responsabilidade entre os diversos participantes, dizem respeito a imputação ao tipo objetivo. De qualquer maneira, deve-se ter em mente que a imputação objetiva também é influenciada por critérios subjetivos. Ações humanas, e também ações típicas, consistem sempre em um entrelaçamento de momentos objetivos e subjetivos”<sup>119</sup>.

Alerta Luís Greco que a própria ideia de imputação exige o reconhecimento de que a teoria do delito não se alimenta meramente de subsunção imediata entre ação e resultado, sendo tributária de um conjunto de valorações para analisar os fatos que devem ser considerados como crimes<sup>120</sup>.

Para Greco, os valores e finalidades fundamentais da formulação teórica de Roxin estão na política criminal, mais especificamente a do “Estado Social e Democrático de Direito, que adscrive ao Direito Penal uma função de tutela subsidiária dos bens jurídicos”<sup>121</sup>. Nesse sentido, Luís Greco localiza o surgimento da imputação objetiva como parte de uma mudança metodológica maior, que busca “superar a sistemática finalista, de cunho ontologista, em favor de um sistema valorativo, teleológico, funcionalista da teoria do delito”

<sup>122</sup>.

<sup>116</sup>SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. Op. cit., p. 89.

<sup>117</sup>SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. Op. cit., p. 87.

<sup>118</sup>SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. Op. cit., p. 89.

<sup>119</sup>ROXIN, Claus. **A teoria da imputação objetiva**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 1, n. 38, p.10-30, abr. 2002. p. 25.

<sup>120</sup>GRECO, Luís. Introdução à obra. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal** (tradução de Luis Greco). Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 10.

<sup>121</sup>Ibid, p. 64.

<sup>122</sup>Ibid, p. 5

Maria Auxiliadora Minahim destaca que a imputação objetiva contribui para o debate da autonomia ao defender a restrição da responsabilidade do autor quando o titular do bem jurídico, por sua vontade, cria ou aceita situações de perigo nas quais se coloca<sup>123</sup>. Assim, o comportamento da vítima é central na imputação ou não de um resultado a um terceiro.

Para os fins deste trabalho, cabe também rever os cenários da heterocolocação em perigo consentida. Roxin define tais situações como aquelas nas quais o sujeito lesionado se deixa colocar em perigo por outrem, tendo consciência do risco<sup>124</sup>. Para Roxin, a exclusão da imputação objetiva no cenário da heterocolocação em risco consentida ocorre se há equivalência à autocolocação, tendo em vista o filtro normativo do alcance do tipo. O silogismo proposto pelo autor é o seguinte: se não se pune “o mais” - a autolesão - não se deve punir “o menos” - a autocolocação em perigo. Não caberia aqui no fim de proteção ou alcance da norma<sup>125</sup>. Para esse raciocínio servir à heterocolocação em perigo, dentre os pressupostos listados pelo autor, o primeiro é que o dano seja consequência do risco ocorrido (e previamente conhecido pela vítima), e não de outros erros adicionais e imprevistos. Além disso, a vítima deve ter o mesmo controle sobre o acontecimento que o autor, de modo que exista uma organização conjunta entre ela e o agente<sup>126</sup>.

É no debate da heterocolocação em risco consentida que Roxin repousa a discussão do risco de transmissão do vírus HIV. De um lado, a conduta é penalmente irrelevante se ambos os parceiros sorodiscordantes estiverem cientes e equivalentes na decisão de manter a relação. Cenário diverso ocorre se o portador do vírus ocultar seu status ou forçar o contato. Assim, Roxin sistematiza que:

“Também o caso especialmente atual de alguém que tem contatos sexuais com perigo transmissão do vírus da AIDS deve ser enquadrado no âmbito da heterocolocação em perigo consentida. Estes grupos de casos são tratados comumente sob o ponto de vista de que o infectado participaria de uma autocolocação em perigo do seu parceiro. Uma vez que o perigo parte exclusivamente do infectado e o parceiro se limita a expor-se, trata-se de uma heterocolocação em perigo consentida, bastante comparável ao caso daquele que se deixa injetar tóxico por outra pessoa. Segundo a concepção desenvolvida no nm. 107, isso significa que um tal contato sexual (mesmo no caso de relações sexuais desprotegidas) é impunível, quando ambos os parceiros estiverem esclarecidos a respeito do risco de infecção e forem responsáveis em comum por sua ação. Por outro lado, devem ser imputada as consequências ao aidético, não só se ele ocultar

---

<sup>123</sup>MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e Frustração da Tutela Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 87.

<sup>124</sup>ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal** (tradução de Luis Greco). Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 367

<sup>125</sup>Ibid, p. 354.

<sup>126</sup>GRECO, Luís. Introdução à obra. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal** (tradução de Luis Greco). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 370.

sua infecção ao ter contatos sexuais desprotegidos, mas também se ele pressionar o parceiro, que opõe resistência, a que se entregue a arriscada aventura”<sup>127</sup>.

Cancio Meliá abre divergência de Roxin afirmando ser virtualmente inviável diferenciar autoria e participação nas hipóteses de transmissão de enfermidade por relações sexuais sob a luz da imputação objetiva. Tendo em vista que o titular do bem jurídico lesionado ocupa uma posição singular de autodeterminação, a dinâmica entre vítima e agente não encontra correspondência total e imediata com a distribuição dos regimes de responsabilidade entre autor e partícipe que cometeram em conjunto uma infração perante um terceiro<sup>128</sup>.

Noutro giro, Meliá discorda das mais significativas críticas recebidas à imputação objetiva - a acusação de que estaria usurpando questões atinentes ao tipo subjetivo. Isso ocorre, para Meliá, pois a valoração do entendimento dos agentes envolvidos é diferente da que ocorre para analisar o tipo subjetivo. Pode se dizer que configura, de fato, uma análise intersubjetiva da conduta<sup>129</sup>.

A Vitimodogmática acrescenta novas perspectivas para o debate da heterocolocação em perigo consentida. Para conhecê-las, é necessário traçar o surgimento, consolidação e estruturação da disciplina, e de que maneira ela pretende definir ou alargar os limites de participação da vítima.

### 4.3. A Vitimodogmática como nova perspectiva para a teoria do delito

No espectro das reflexões a ressignificar a vítima perante a ocorrência do fato típico, a Vitimodogmática tem voz própria. A disciplina também é fruto dos novos olhares para atuação da vítima e os influxos da Vitimologia, mas singulariza-se pela iniciativa de questionar em que condições a responsabilidade da vítima (autorresponsabilidade ou corresponsabilidade, como alguns autores identificam) importa na imputação do resultado a um terceiro. Assim, diminui ou extirpa o âmbito da incidência penal sobre o autor, numa retração do próprio *jus puniendi*.

---

<sup>127</sup>ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal** (tradução de Luis Greco). Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 371 a 373.

<sup>128</sup>MELIÁ, Manuel Cancio. **La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima**. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998. p. 116.

<sup>129</sup>MELIÁ, Manuel Cancio. **La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima**. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998. , p. 103

Para Moisés Moreno Hernández, a Vitimodogmática materializa a “incidencia que la victimología tiene en la dogmática penal, o bien a la aplicación de la dogmática a las víctimas en el análisis del delito”<sup>130</sup>. Dessa maneira, Hernández reconhece a troca de uma observação dicotômica e individualista dos sujeitos ativo e passivo, pelo estabelecimento de uma visão dinâmica, na qual à vítima é sujeito potencialmente capaz para o qual é atribuída a função ou o dever de proteger seu próprio bem jurídico<sup>131</sup>.

Cancio Meliá define a Vitimodogmática como a reunião das contribuições dogmáticas ao problema da intervenção do sujeito lesionado na gênese do risco<sup>132</sup>. Assim, enquanto questão central, observa a relevância da conduta da vítima para a valoração jurídico-penal do comportamento do autor<sup>133</sup>.

Neste cenário, José Maria Silva Sánchez aponta a doutrina alemã como o palco para o desenvolvimento de maior fôlego da teoria. O espanhol identifica a existência de duas principais correntes entre os autores: a moderada (e majoritária), defendida principalmente por Hillenkamp, Arzt e Gunther, para os quais o comportamento da vítima deve ser considerado na fixação da pena enquanto atenuante, contudo sem extrapolar os limites da tipicidade positivada, de modo que o comportamento do ofendido pode somente diminuir o conteúdo da antijuridicidade ou da culpabilidade. Aqui, o limite é a incidência da atenuante, cuja dicção da lei pode ser matizada apenas pela interpretação analógica.<sup>134</sup>

Na vertente mais radical, tal como observada por Sánchez, emergem os trabalhos de Bernd Schünemann, Amelung e Hasselmer. Como liame teórico, os autores sustentam que um “enfoque vitimológico” dos princípios gerais que regulam o *jus puniendi* do Estado pode conduzir, não somente à atenuação, mas a uma total isenção de responsabilidade do autor<sup>135</sup>. São, dessa maneira, partidários da preponderância do direito penal como *última ratio*, de

---

<sup>130</sup> HERNÁNDEZ, Moisés Moreno. Política criminal y dogmática de las víctimas. In: VITALE, Gustavo L.; OUVINA, Guillermo; OLIVINA, Guillermo. **Teorías Actuales En El Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2003. p. 351-373. p. 368.

<sup>131</sup> Ibid, p. 368.

<sup>132</sup>MELIÁ, Manuel Cancio. **Reflexiones sobre la “victimodogmática” en la Teoría del Delito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 25, n. 1, p.23-57, jan. 1999. p. 23.

<sup>133</sup>MELIÁ, Manuel Cancio. **Reflexiones sobre la “victimodogmática” en la Teoría del Delito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 25, n. 1, p.23-57, jan. 1999. p. 24.

<sup>134</sup> SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **La victimo-dogmática en el derecho extranjero**. In: IPIÑA, Antonio Beristain; ARZAMENDI, José Luis de La Cuesta. *Victimología : VIII Cursos de Verano en San Sebastián*. San Sebastian: Universidad del País Vasco/euskal Herriko Unibertsitatea, 1990. p. 105-112. p. 108.

<sup>135</sup>Ibid, p. 109.

modo que seus autores apoiam-se nas ideias de subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal<sup>136</sup>.

A obra de Bernd Schünemann é apontada pela doutrina como bússola para referência da Vitimodogmática. O alemão, cujos trabalhos sobre o tema concentram-se no final do século XX, entende ser parte da reflexão dogmática a capacidade que a vítima possui de proteger a si mesma. Por essa via, sua teoria é marcada pela defesa de uma perspectiva teleológico-funcional do direito penal, ou seja, segundo o qual os conceitos da teoria do delito devem ser construídos tendo como finalidade a efetivação de políticas criminais<sup>137</sup>. Conforme esclarece Luís Greco, a legitimação do direito penal, para Schünemann, ocorre pelo fim político-criminal de proteção a bens jurídicos por meio da cominação de uma sanção<sup>138</sup>. Na perspectiva de Schünemann, assim:

“O direito penal se ocupa das violações do contrato social que fundamenta a vida em comum, e não do âmbito da moral privada. E como as partes do contrato social apenas abdicam da parcela de liberdade mínima necessária para assegurar essa vida em comum, o direito penal tem de atender ao princípio da *ultima ratio*”<sup>139</sup>.

Como concretização dessa perspectiva, surge o princípio de autorresponsabilidade da vítima, cujo preceito principal é afirmar que nos casos em que a vítima está em condições de autoprotger-se e essa autoproteção pode dela ser exigida, faltaria a necessidade, segundo o princípio da *ultima ratio*, de fazer uso do direito penal<sup>140</sup>. O comportamento inverso, de paternalismo estatal, só seria aceitável em dois momentos, segundo o autor: a falta de capacidade para consentir do afetado, ou a necessidade de que ele seja protegido contra uma decisão apressada<sup>141</sup>.

Silva Sánchez observa a operação de uma dupla função para o princípio da autorresponsabilidade tal como traçado pela Vitimodogmática: em primeiro lugar, inspirar alterações legislativas que positivem elementos ligados ao comportamento da vítima. Em

---

<sup>136</sup>SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **La victimo-dogmática en el derecho extranjero**. In: IPIÑA, Antonio Beristain; ARZAMENDI, José Luis de La Cuesta. *Victimología : VIII Cursos de Verano en San Sebastián*. San Sebastian: Universidad del País Vasco/euskal Herriko Unibertsitatea, 1990. p. 105-112. p. 109.

<sup>137</sup>GRECO, Luis. Introdução à obra. Schünemann, Bernd (Org.). **Estudo de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 9

<sup>138</sup>GRECO, Luis. Introdução à obra. Schünemann, Bernd (Org.). *Estudo de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 11.

<sup>139</sup>GRECO, Luis. Introdução à obra. Schünemann, Bernd (Org.). **Estudo de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 11.

<sup>140</sup>GRECO, Ibid., p. 12

<sup>141</sup>GRECO, Ibid, p. 12.

outra via, atuar na tarefa de interpretação dos tipos, permitindo novas leituras teleológicas que permitem excluir a relevância penal em algumas condutas<sup>142</sup>.

Cabe, em acréscimo, fazer as necessárias distinções entre Vitimodogmática e Vitimologia. Ainda que em sua raiz traga desdobramentos das reflexões vitimológicas, importa destacar que não há superposição absoluta entre os dois pensamentos. Portanto, não geram as mesmas consequências no sistema jurídico-penal. Nesse sentido, alerta Maria Auxiliadora Minahim:

“A Vitimologia chega, porém, a conclusões distintas das contribuições da Vitimodogmática e de outras construções que convergem para as mesmas finalidades, porquanto as últimas, ao tempo em que destacam a autonomia pessoal do titular dos bens para deles desfrutar, concluem por sua responsabilidade em protegê-los. Tal reconhecimento inclui uma adoção de uma atitude zelosa com seus interesses, preservando-se da intervenção de terceiros. Se assim não atuarem, podem ser preferentemente responsáveis pela lesão causada a seu interesse”<sup>143</sup>.

Percebe-se, novamente, a ideia de responsabilidade da vítima pela tutela de seus próprios bens jurídicos. Por esta via, a proposta da Vitimodogmática navega em terreno turbulento, por evocar a necessidade de performar uma sintonia fina que evite raciocínios extremos excludentes. Silva Sánchez relembra essa questão como o chamado “dilema vitimodogmático”. Por um lado, renegar totalmente as teses da Vitimodogmática significa excluir qualquer conduta da vítima, sobrecarregando a figura do autor. Noutra direção, densificar a responsabilidade da vítima pode levar no extremo à imputação à vítima e inversão dos papéis fáticos entre ela e o agente<sup>144</sup>.

Dessa maneira, as formulações Vitimodogmáticas perpassam importantes questões sobre o papel do Estado perante o delito, traçando uma perspectiva que torna a vítima mais ativa dentro da configuração sistemática do crime. Contudo, gera críticas e questionamentos quanto a possibilidade de esvaziar o direito penal em si, como o debate ao redor do conceito de vítimas merecedoras de proteção. Passaremos, no capítulo a seguir, a analisar de que

---

<sup>142</sup>SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **La victimo-dogmática en el derecho extranjero**. In: IPIÑA, Antonio Beristain; ARZAMENDI, José Luis de La Cuesta. *Victimología : VIII Cursos de Verano en San Sebastián*. San Sebastian: Universidad del País Vasco/euskal Herriko Unibertsitatea, 1990. p. 105-112. p. 109.

<sup>143</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e Frustração da Tutela Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 101.

<sup>144</sup> SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **La victimo-dogmática en el derecho extranjero**. In: IPIÑA, Antonio Beristain; ARZAMENDI, José Luis de La Cuesta. *Victimología : VIII Cursos de Verano en San Sebastián*. San Sebastian: Universidad del País Vasco/euskal Herriko Unibertsitatea, 1990. p. 105-112. p. 107.

maneira esse aparato teórico pode trazer avanços na análise da interação autor-vítima nas situações envolvendo o comportamento sexual na prática do *barebacking*.

## 5 O *BAREBACKING* E A VITIMODOGMÁTICA

Na segunda metade do século XX, a estrutura da dogmática penal foi colocada sob escrutínio por diversas teorias. Algumas delas problematizaram a maneira pela qual se pensava o tipo penal, abrindo as portas para questionar os limites do papel da vítima e sua contribuição para o grau de imputação que pode ser imposta ao autor. A Vitimodogmática adentra nesse cenário com a tese de que é possível, em extremo, excluir a responsabilidade do autor pela conduta por ele praticada a depender do comportamento da vítima, operando o filtro normativo da autorresponsabilidade. Conheceremos, a seguir, estas propostas.

### 5.1. Bernd Schünemann, vítima e direito penal

Conforme introduzido em sessão anterior do trabalho, iremos nos localizar no pensamento vitimodogmático usando a classificação traçada por Jesus María Silva Sanchez, que dividiu seus teóricos em dois grandes grupos: a vertente moderada, para a qual o comportamento da vítima deve ser considerado apenas no momento da dosimetria da pena, e a vertente radical, para a qual pode acarretar a exclusão de responsabilidade do autor<sup>145</sup>.

Dessa maneira, a Vitimodogmática é uma corrente do pensamento jurídico-penal que, conforme Délio Lins e Silva Júnior, interpela os estudiosos e aplicadores da lei penal para o fato de que a conduta da vítima é de tanta importância em alguns casos que “não pode, em hipótese alguma, ser simplesmente ignorada do sistema de imputação”<sup>146</sup>.

Para melhor explorar os limites do comportamento da vítima perante as práticas de *barebacking*, iremos concentrar a argumentação nos aportes da segunda vertente identificada por Silva Sánchez. Aqui, emerge o trabalho de Bernd Schünemann enquanto defensor da possibilidade, em tese, de total isenção da responsabilidade do autor como efeito do comportamento da vítima naquele delito. O próprio Schünemann assim sumariza sua proposta:

“Posteriormente, formulé la victimodogmática (así denominada por sus opositores) como la regla de interpretación para eliminar del ámbito de penalización, en el marco de la interpretación permitida de los tipos, todo comportamiento frente al cual

<sup>145</sup>SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **La victimo-dogmática en el derecho extranjero**. In: IPIÑA, Antonio Beristain; ARZAMENDI, José Luis de La Cuesta. *Victimología : VIII Cursos de Verano en San Sebastián*. San Sebastian: Universidad del País Vasco/euskal Herriko Unibertsitatea, 1990. p. 108 e 109.

<sup>146</sup>SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. **Imputação Objetiva e a Conduta da Vítima**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 144.

la víctima (por los motivos en particular a desarrollar) no merece ni necesita protección<sup>147</sup>.

A doutrina localiza a proposta de Schünemann como fruto de uma reflexão sobre os próprios fundamentos do Direito Penal. Dessa maneira, o autor desenvolve um reexame da legitimação do *jus puniendi* a partir da perspectiva das escolhas e ações da vítima do delito. A este respeito, pondera Luís Greco:

De um lado, pretende Schünemann, por meio da chamada perspectiva Vitimodogmática, conferir maior importância a seu comportamento no plano da dogmática do injusto penal: nos casos em que a vítima está em condições de autoprotger-se e essa autoproteção pode dela ser exigida, faltaria a necessidade, segundo o princípio da *ultima ratio*, de fazer uso do direito penal<sup>148</sup>.

Uma parte central na argumentação de Schünemann é o construto teórico da autorresponsabilidade. Alerta Délio Lins e Silva Junior que a autorresponsabilidade funciona, metodologicamente, como uma regra de interpretação dos tipos penais. Assim, afasta-se da ideia de princípio basilar da parte geral do direito penal para ter sua aplicação enquanto “regra destinada a excluir do âmbito de penalização todos os comportamentos pelos quais a vítima se afasta de sua necessidade de proteção”<sup>149</sup>.

Schünemann entende que, por ser a vítima a portadora dos bens jurídicos, é também dotada de agência e compromisso perante o zelo desses bens. Para o autor, o tratamento tradicional da anuência da vítima perante a lesão dos próprios bens, a figura do consentimento, não dá o endereçamento adequado ao problema. Isso porque é insuficiente para analisar os chamados delitos de relação, constituídos a partir de uma interação do autor e vítima, ou seja, nos quais a vítima não é mero objeto passivo<sup>150</sup>. É neste cenário que deve incidir a regra Vitimodogmática, conclui. Schünemann descreve a saída mais adequada para tais cenários:

“O correto, entretanto, seria derivar dos princípios da necessidade e da adequação do emprego do direito penal para a prevenção dos danos sociais que não se deve punir

---

<sup>147</sup>Schünemann, Bernd. **Sistema del Derecho Penal Y Vitimodogmática**. In: RIPOLLÉS, José Luis D’és et al. *La Ciencia del Derecho Penal ante el Novo Siglo: Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Jose Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 166.

<sup>148</sup>Schünemann, Bernd; GRECO, Luis (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 12

<sup>149</sup>SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. **Imputação Objetiva e a Conduta da Vítima**. Curitiba: Juruá, 2010. 185 p., p. 146.

<sup>150</sup>Schünemann, Bernd. A posição da vítima no sistema da justiça penal: um modelo em três colunas. In: Schünemann, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 116

quando é a vítima quem, desprezando conscientemente os próprios interesses, causa o dano social.<sup>151</sup>”

Na mesma linha de raciocínio, Schönemann responde aos críticos da regra interpretativa da Vitimodogmática lembrando que esta decorre do princípio constitucional da necessidade e adequação das criminalizações. Justificando sua proposta, Schönemann é enérgico:

“Se a ciência jurídica não quer permanecer caolha, tem ela de reconhecer o papel da vítima tanto como o de portador do bem jurídico, quanto como o daquele que renuncia ao bem e que não pode ser jurídico-penalmente protegido em caso de tal comportamento, extraindo daí as consequências interpretativas que, por vezes, levarão a consequências restritivas da punibilidade”<sup>152</sup>.

Em resumo, para o alemão, “não se pode proteger o bem jurídico contra a vontade do seu titular”<sup>153</sup>. O autor define, nessas exatas palavras, como disfuncionais as tentativas de resguardo dos bens jurídicos na contramão da vontade da vítima, pela ótica da idoneidade ou adequação, e observa tais atitudes como errôneas, por violarem a liberdade de ação do titular<sup>154</sup>.

Aqui, se perfazem necessários alguns esclarecimentos. Primeiro, adverte Schönemann que o dever de proteção da vítima ante seus próprios bens está ligado à adoção de medidas possíveis, razoáveis ou exigíveis<sup>155</sup>. Dessa maneira, o estranhamento perante o ambíguo conceito de uma vítima merecedora ou não merecedora da proteção estatal diminui ao perceber que a proposta do alemão se constrói numa leitura dos casos concretos, permeável às especificidades e individualidades.

Esclarece Schönemann que a máxima Vitimodogmática é deduzida diretamente do princípio da *ultima ratio*, numa reflexão sobre os pressupostos que precisam ser atendidos para a justificação do uso do direito penal em um Estado de Direito, no qual devem ser respeitados os princípios limitadores do poder estatal<sup>156</sup>. O autor pondera que a resposta repousa no fato de que a aplicação do poder estatal “não se legitima apenas por um objeto

---

<sup>151</sup>Ibid, p. 116.

<sup>152</sup>Ibid. p. 116 e 117.

<sup>153</sup>Schönemann, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!: Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, v. 53/2005, p.9-37, abr. 2005. p. 17

<sup>154</sup>Ibid, p. 17.

<sup>155</sup>MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e Frustração da Tutela Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 98.

<sup>156</sup>Schönemann, Bernd. A posição da vítima no sistema da justiça penal: um modelo em três colunas. In: Schönemann, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 116 e 117.

final elogiável, devendo ser idônea e necessária para alcançar este objetivo, não podendo, ademais, ser desproporcional<sup>157</sup>.

Ao cabo, deseja Schünemann que a lógica de aplicação do direito penal que reflita sobre a necessidade de proteção daquele bem jurídico em determinado contexto histórico-social, contrastada com a perda da liberdade de ação dos sujeitos<sup>158</sup>. Assim, cabe a tutela penal retrair-se para atuar somente nos casos em que se faz efetivamente imprescindível.

O vetor interpretativo proposto por Schünemann para os tipos também se alinha a seu método, que conforme descreve Luís Greco, pode ser caracterizado por uma síntese entre o normativismo e o ontologismo. Por um lado, aponta Greco que o pensamento do autor é marcado pela defesa de uma perspectiva teleológico-funcional do direito penal, de modo que os conceitos da teoria do delito são construídos tendo em vista finalidades político-criminais. De outro, Schünemann não abre mão dos dados ontológicos para a sistematização deste debate<sup>159</sup>.

Isso se concretiza, destaca Greco, em sua proposta de alteração do conceito de dolo, abandonando o chamado conceito classificatório (que, uma vez não presentes todas as condições necessárias para a ocorrência, deixa de existir) para o conceito tipológico, mais preocupado com uma ideia de gradação do que com a de subsunção absoluta, ao moldes de tudo-ou-nada. Assim, o conceito de dolo “servirá de guia para avaliar não apenas se os diversos elementos estão presentes, mas em que intensidade, e permitirá que uma manifestação menos intensa de um elemento seja compensada pela manifestação mais intensa de outro”<sup>160</sup>, em uma interdisciplinaridade que Greco atribui à mescla de filosofia analítica, sociologia e psicologia.

Dessa maneira, conforme Schünemann explica em seu manual de direito penal, o dolo “é um processo psíquico real, que, evidentemente, tem de ser em seguida valorado. Sem uma realidade a se valorar, não pode haver valoração”<sup>161</sup>. No lado objetivo do dolo incidem circunstâncias da situação, que inarredavelmente influenciam a ação e a consciência interna.

---

<sup>157</sup>Ibid, p. 12.

<sup>158</sup>Schünemann, Bernd. A posição da vítima no sistema da justiça penal: um modelo em três colunas. In: Schünemann, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 116 e 117, p. 13.

<sup>159</sup>GRECO, Luis. Introdução à obra. Ibid., p. 9.

<sup>160</sup>GRECO, Luis. Introdução à obra. Ibid., p. 10.

<sup>161</sup>Schünemann, Bernd. Op. cit. p. 140.

O debate de Schünemann ao redor das construções tipológicas mostra um esforço de se fazer permeável, na operação do direito penal, à questões do contexto social. O comportamento da vítima funciona, nesse cenário, como mais um filtro normativo, a ser valorado na análise do delito, e pode, tipologicamente, ter maior preponderância na definição da responsabilidade do autor a depender do contexto específico daquele delito.

## 5.2. Vitimodogmática, AIDS: uma questão de paternalismo?

Bernd Schünemann é cuidadoso ao operar o cenário do HIV. Em seus escritos, diferencia o problema da AIDS em dois grupos. O primeiro é aquele em que há falta de informação do portador do vírus ao parceiro sexual acerca da própria infecção, e que fundamenta uma imputação do feito a título de autoria. Aqui, afirma expressamente que não há porque incidir a Vitimodogmática ou princípios político-criminais<sup>162</sup>. No segundo grupo, abre um “espaço de jogo”<sup>163</sup> para a interpretação: no caso de imprudência de ambos, ou, finalmente, no qual há dolo dos dois lados para o resultado da infecção.

No caso da imprudência de ambos, afirma que as consequências práticas de uma leitura Vitimodogmática são ínfimas, diante das dificuldades de provar a causalidade de uma fonte individual para a infecção do HIV diante das inúmeras formas de contágio possíveis. São nas hipóteses em que há dolo dos dois lados para o resultado que se encontram as reflexões de maior utilidade para este trabalho.

Aqui, ocorre o que Schünemann descreve como “contato aventureiro”, no qual o “encontro com pessoas com HIV positivo não somente constitui um risco estatisticamente definido, mas um pressuposto implícito do estabelecimento de um contato comunicativo”<sup>164</sup>. Nesse último, segundo o autor, é possível negar a tipicidade.

Parece ser essa a descrição adequada para o fenômeno dos *bug chasers* e *gift givers*. Assim, seria possível evocar o princípio da autorresponsabilidade para dispersar o direito, aplicando-o como vetor hermenêutico para afastar a responsabilidade do originalmente infectado no *barebacking*. No lugar de operar uma análise atomizada dos sujeitos, é possível

---

<sup>162</sup>Schünemann, Bernd. **Temas actuales e permanentes del Derecho Penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 240 e 241.

<sup>163</sup>Ibid, p. 240.

<sup>164</sup>Schünemann, Bernd. **Temas actuales e permanentes del Derecho Penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002, p. 242.

pensar o cenário deste delito por meio da interlocução entre vítima e terceiro, pois aqui a vítima tem sobremaneira agência na infecção do HIV. Assim, faltaria a necessidade e adequação para o uso do aparato punitivo, pensando a tutela penal como *ultima ratio* que não deve ser acionada.

A vontade da vítima é muito relevante nesse cenário. O *barebacking* se afasta do caso em que um criminoso se aproveita de um impulso sexual ou da fraqueza humana, para se aproximar de uma prática comportamental com aspirações identitárias<sup>165</sup>, e adeptos portadores de um discurso desassociado de uma visão simplista, conforme vimos no primeiro capítulo.

A leitura de Schünemann para a AIDS também se aproxima da perspectiva proposta por Roxin, para o qual o cenário não se responde adequadamente pelo consentimento do lesionado, sendo uma questão melhor resolvida pela imputação ao tipo objetivo<sup>166</sup>. Assim, trata o caso como uma restrição teleológica do tipo de modo que no cenário das relações plenamente consensuais, pode ser equiparada em todos os seus aspectos relevantes a uma autocolocação em perigo<sup>167</sup>. Hipótese diversa seria no que Roxin nomeia de ocasião de abuso, no qual foi exercida alguma forma de pressão ou imposição, quando há total responsabilização do autor<sup>168</sup>. Assim, há uma convergência entre os autores a respeito dos efeitos penais das condutas.

Há, aqui, um afastamento da tutela penal, sob pena de se adotar na postura inversa um posicionamento que pode ser descrito como paternalista. O próprio Schünemann também se debruçou nos debates sobre o paternalismo jurídico, partindo dos trabalhos de Joel Feinberg. O alemão afirma haver uma “clara tendência no sentido da expansão das diversas formas do Direito Penal paternalista”<sup>169</sup>. Para o autor, por ser a liberdade de ação um direito fundamental constitucional, toda norma penal paternalista necessitaria de uma legitimação constitucional específica<sup>170</sup>.

Schünemann admite como legítimo apenas o paternalismo jurídico moderado (ante menores, incapazes e nos vícios de vontade), traçando duas especificidades no campo penal:

---

<sup>165</sup>SILVA, Luís Augusto Vasconcelos da. **Barebacking e a possibilidade de soroconversão**. Cadernos de Saúde Pública, [s.l.], v. 25, n. 6, p.1381-1389, jun. 2009. p.1387;.

<sup>166</sup>ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, p.1-26, jan. 2013. p. 14.

<sup>167</sup>Ibid. p. 15 e 16.

<sup>168</sup>ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, p.1-26, jan. 2013., p. 17.

<sup>169</sup>Schünemann, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 4, n. 7, p.47-70, dez. 2012. p. 56.

<sup>170</sup>Ibid, p. 58.

total descabimento de um paternalismo penal duro direto (nos casos de autolesão), acompanhada da possibilidade do paternalismo indireto como maneira de salvaguardar os sujeitos da “exploração pelo egoísmo alheio”<sup>171</sup>.

Aqui cabe fazer uma retomada do pensamento de Joel Feinberg. Conforme exposto anteriormente neste trabalho, em sua análise do paternalismo jurídico, o autor admite como legítimo apenas o paternalismo do tipo moderado, que age para proteger indivíduos com problemas na expressão da vontade, menores, incapazes ou pessoas portadoras de uma leitura errônea das circunstâncias, pois ignorantes quanto aos fatos. Para o autor, também é fundamental observar se o ofendido teve a iniciativa na ação e interpelou um terceiro, ou é mero instrumento da vontade de alguém. Por fim, na análise do que significa expor-se a riscos, pugnou como relevante a leitura dos dados fáticos no caso concreto. Assim, quanto mais arriscada a conduta, maior o grau de voluntariedade exigido para sua permissão.

Neste juízo de gradação, e não de tudo-ou-nada, o *barebacking* é uma conduta de alto risco mas também de alta voluntariedade. Não se desenrola uma dinâmica de exploração, abuso ou aproveitamento por parte do portador do vírus. Os seus adeptos não necessitam da tutela penal por terem, munidos de todas as informações atinentes ao caso, e na hipóteses em que não houver vícios de vontade, performado uma escolha idônea em nome de sua liberdade sexual.

Obstruir isso com a tutela penal de uma prática como a do *barebacking* seria incorrer no que Schünemann chamou de “criminalização dos modos de vida”. O autor exemplifica que esse paradigma foi vencido na Alemanha em 1974, no episódio em que o legislador deixou a perspectiva da “proteção aos costumes ou à moralidade, incompatível com a proteção dos bens jurídicos, para um direito penal de proteção da autodeterminação sexual”, abolindo a punibilidade da pornografia<sup>172</sup>.

Schünemann também não foi convencido da tese que a autonomia do indivíduo deve ser mitigada em nome dos interesses coletivos e em benefício da sociedade. Nesse aspecto, é interessante observar sua crítica dos chamados “bens jurídicos coletivos aparentes”. Segundo

---

<sup>171</sup>Schünemann, Bernd. **A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo?** Revista Justiça e Sistema Criminal, Curitiba, v. 4, n. 7, p.47-70, dez. 2012. p. 65 a 66.

<sup>172</sup>Schünemann, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!: Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, v. 53/2005, p.9-37, abr. 2005.p. 12.

o alemão, foram estes criados para justificar superficialmente um paternalismo jurídico-penal ilegítimo<sup>173</sup>.

Por essa via, não se poderia caracterizar um bem jurídico coletivo pela mera soma dos bens individuais, argumenta. Seria o caso, em sua leitura, do bem coletivo da saúde pública. Sobre isso, afirma: “Na verdade, inexiste a saúde de um povo, o que existe é apenas a saúde de cada cidadão individual, e a suposta saúde pública não passa de uma reunião dessas diversas saúdes individuais numa classe”. É neste local que o autor situa como paternalista a proibição penal do uso de alguns entorpecentes. A visão, em que pese possa ser classificada como extrema, identifica importantes lacunas argumentativas nas justificações estatais de interferência nas liberdades.

Dessa maneira, a partir de uma análise do cruzamento das propostas de Schünemann e de Feinberg, não haveria espaço para a tutela penal dos praticantes de *barebacking*. Partindo da ideia de que seus praticantes são plenamente portadores de suas soberanias pessoais, agindo em clareza de vontade, o direito penal está diante de sujeitos que não necessitam de intervenção protetiva, pois devem ter o poder de fazer suas próprias valorações morais e escolhas existenciais, nelas incluídas as liberdades sexuais. Assim, no cenário do *barebacking* a responsabilidade da vítima na tutela de seus bens é adequado para subsistir como critério objetivo de exclusão da tipicidade penal e não responsabilização dos sujeitos previamente infectados.

### **5.3. *Barebacking*, Vitimodogmática e direito penal: entre perguntas e respostas**

A proposta Vitimodogmática de Bernd Schünemann recebeu inúmeras críticas<sup>174</sup>. Algumas dizem respeito a uma espécie de sincretismo metodológico, por uma falta de clareza de seu efetivo âmbito de aplicação, ou se caberia enquanto ferramenta da parte geral ou da parte especial dos códigos. Há ainda quem argumente que Schünemann conduz de modo inadequado os princípios da *ultima ratio* e da subsidiariedade<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup>Schünemann, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 4, n. 7, p.47-70, dez. 2012. p. 59.

<sup>174</sup>Nesse sentido, ver os trabalhos de Délio Lins e Silva Júnior (Imputação Objetiva e Conduta da Vítima, 2008) e Daniela Carvalho Portugal (O Direito Penal dos Mil Perdões: sobre os limites da exclusão da tipicidade penal pela via de ampliação do âmbito de responsabilidade da vítima, 2014).

<sup>175</sup>SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. **Imputação Objetiva e a Conduta da Vítima**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 150.

Algumas dessas críticas foram rebatidas pelo próprio autor. Primeiro, argumenta contra a ideia de que a Vitimodogmática deixaria a sociedade por demais defensiva, ou ocorreria um entrincheiramento da sociedade, que deveria atuar em postura de autodefesa. Tal cenário não ocorreria para Schünemann pois esta interpretação dos tipos penais não caberia nos delitos de violência, nem se esperaria da vítima uma “atitude de bloqueio”<sup>176</sup>.

Também discorda Schünemann de que aplicou de modo errôneo o princípio da *ultima ratio* - seus críticos afirmam que este só seria oponível às outras formas de proteção estatais, mas não contra as possibilidades de autoproteção do cidadão. Para Schünemann esse seria um argumento *a fortiori*, “pois como não há um campo de aplicação do princípio de *ultima ratio* historicamente definido, sua lógica interna é decisiva”<sup>177</sup>. Assim a autoproteção Vitimodogmática seria mais eficaz, argumenta Schünemann, que o direito civil, cujo aparato coercitivo só chega posteriormente no caso penal, e quando chega, vem demasiado tarde<sup>178</sup>.

Em que pesem as críticas, alinhamo-nos neste trabalho com Délio Lins e Silva Júnior quando traça alguns requisitos para a aplicação das correntes Vitimodogmáticas:

“Partindo-se de uma concepção em que as medidas de proteção a serem observadas pelas vítimas devam inserir-se em patamares aceitáveis, não excedendo limites razoáveis inseridos dentro de suas próprias esferas de competência. Partindo-se de uma concepção em que o problema é centrado em obter-se a diminuição de eventual responsabilidade do delinquente pela conduta praticada, e não sobrecarregar a vítima por uma atuação dentro de sua esfera de organização. E, por fim, partindo-se da premissa de que as tendências esculpatórias sempre existiram no Direito Penal, na medida em que são previstas em todos os ordenamentos penais ao redor do mundo causas de extinção de punibilidade, exclusão de antijuridicidade, institutos como o perdão do ofendido etc., nota-se que a Vitimodogmática não possui qualquer peculiaridade neste âmbito, podendo ser perfeitamente aplicada”<sup>179</sup>.

Impende destacar que para Délio Lins e Silva a Vitimodogmática tem como principal mérito a alteração de uma perspectiva estática, focada no autor ou focada na vítima, para uma

---

<sup>176</sup>Schünemann, Bernd. Sistema del Derecho Penal Y Victimodogmática. In: RIPOLLÉS, José Luis D’és et al. **La Ciencia del Derecho Penal ante el Novo Siglo: Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Jose Cerezo Mir.** Madrid: Tecnos, 2002. p. 159-172. p. 169.

<sup>177</sup>Schünemann, Bernd. Sistema del Derecho Penal Y Victimodogmática. In: RIPOLLÉS, José Luis D’és et al. **La Ciencia del Derecho Penal ante el Novo Siglo: Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Jose Cerezo Mir.** Madrid: Tecnos, 2002. p. 159-172. p. 168.

<sup>178</sup>Schünemann, Bernd. Sistema del Derecho Penal Y Victimodogmática. In: RIPOLLÉS, José Luis D’és et al. **La Ciencia del Derecho Penal ante el Novo Siglo: Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Jose Cerezo Mir.** Madrid: Tecnos, 2002. p. 159-172.. p. 169.

<sup>179</sup>SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. **Imputação Objetiva e a Conduta da Vítima.** Curitiba: Juruá, 2010. p. 151.

leitura dinâmica. Contudo, tem mais serventia incorporada à dogmática tradicional do que enquanto edifício jurídico-penal autônomo e independente<sup>180</sup>.

A leitura de Schünemann para a vítima nasceu a partir dos delitos nos quais esta possuía alguma condição de influência no fato delitivo. Não à toa, Schünemann é expresso ao associar a gênese da regra Vitimodogmática aos chamados delitos de relação, feitos da interação entre autor e vítima, na qual ela não é mero receptáculo da conduta de um terceiro. Depois, em sua proposta de ampliação para regra da parte geral, enquanto ferramenta de interpretação teleológica dos tipos penais, também o autor precaveu-se em esclarecer que da vítima só poderia ser exigido o razoável e o possível, sem deixar de analisar as variáveis do caso indutivamente.

O próprio Schünemann não abre “espaço de jogo interpretativo”, como exposto acima, para a vítima que não foi previamente informada de que seu parceiro está infectado por HIV, não permitindo exclusão da tipicidade por qualquer filtro normativo. Tanto Schünemann quanto Roxin pressupõem que a vítima tenha de fato poder de influência, conhecimento e aceitação no cenário da AIDS para que se possa, então, falar em afastamento da responsabilidade do autor. É apenas a partir desses pressupostos que pode ser considerada a incidência da perspectiva Vitimodogmática nos casos concretos, sob o risco de exercer uma inaceitável inversão de papéis entre vítima e agente. Assim, a hipótese de incidência legítima da regra Vitimodogmática deve levar em consideração tais percalços.

O *barebacking* não é um cenário no qual há um terceiro protagoniza o aproveitamento de um impulso sexual da vítima. É uma escolha consciente, identitária e mesmo ideológica dos seus praticantes. Apartar a tutela penal desta hipótese é um sinal de respeito pelo exercício da liberdade sexual e de uma opção pelo afastamento de uma postura paternalista. Em que pesem os pontos de fragilidade da Vitimodogmática, o fato dela responder com pertinência cenários como o do *barebacking* demonstram que suas propostas podem apontar caminhos nos novos cenários da velha tensão jurídica entre regulação e emancipação, oportunizando uma observação crítica da tutela penal.

---

<sup>180</sup>SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. **Imputação Objetiva e a Conduta da Vítima**. Curitiba: Juruá, 2010. 152 e 153.

## 6. CONCLUSÕES

O presente trabalho, desenvolvido em 04 capítulos, conforme exposição introdutória e conforme marco teórico adotado, termina por orientar a conclusão a seguir exposta:

1. O *barebacking* pode ser descrito como uma prática comportamental complexa, que envolve uma gama de justificativas por seus adeptos, dentre elas a reafirmação identitária e o exercício da liberdade sexual. Para os estudiosos, o traço definidor da conduta é a intencionalidade dos agentes e a aceitação do risco.
2. A ascensão da prática do *barebacking* se localiza em um momento de saturação dos discursos protetivos perante o HIV, cujo número de infectados aumentou na mesma proporção em que se dissemina um entendimento de que o tratamento médico venceu a letalidade do vírus. Agentes de políticas públicas têm tentado espalhar a informação de que nem toda relação desprotegida com um soropositivo traz como consequência a infecção, caso o vírus esteja indetectável, num esforço de diminuir o estigma dos infectados.
3. A mudança do entendimento social do HIV pode ser observada também na leitura jurídico-penal do tema. Quando judicializada, a transmissão costumava ser enquadrada como homicídio ou tentativa de homicídio, passando atualmente a ser enquadrada principalmente como lesão corporal que resulta em enfermidade incurável ou perigo de contágio de moléstia grave. Os projetos de lei que buscam criminalizar a transmissão específica do HIV aparecem ciclicamente no país, sendo veementemente rechaçados por entidades do terceiro setor.
4. O cenário do *barebacking* tensiona a tutela penal por envolver em grande escala os espaços de autodeterminação dos indivíduos. A autonomia individual é um tema central da sociedade moderna, não apenas do ponto de vista jurídico. Contudo, o próprio Estado democrático de Direito tem como um de seus fundamentos centrais as liberdades individuais, eivado de influência kantiana.
5. Os limites da intervenção estatal nos modos de vida foram analisados pelos estudiosos do paternalismo jurídico-penal. Joel Feinberg classifica o paternalismo jurídico em duas categorias: o rígido, que pretende proteger adultos competentes contra a sua

própria vontade, na hipótese de consequências danosas; e o moderado, que opera em condutas com problemas na expressão da vontade. Feinberg adota uma postura liberal e admite apenas a abordagem moderada do paternalismo, porém em ambos os casos de autolesão quanto de heterolesão consentida. João Paulo Martinelli associa a Feinberg a visão de subsidiariedade do direito penal.

6. A dogmática jurídico-penal vive o desafio de dosar as liberdades em sociedades marcadas pelos riscos. Ulrick Beck entende ser traço distintivo da pós-modernidade a fabricação e institucionalização dos riscos. A seleção estatal a respeito de qual risco é tolerável ou não parecer perpassar tabus sociais, já que a busca de risco e alívio é apontada como a força motriz da psiquê humana, inerente a todas as atividades, numa leitura psicanalista.
7. Ainda na perspectiva penal, a racionalização do poder punitivo levou por muito tempo a um enfoque no autor do crime e na cominação da pena, marginalizando a figura da vítima. Foi a partir da emergência de novas correntes de pensamento para a dogmática penal, inclusive sob os influxos da Vitimologia, que ampliaram-se as possibilidades de valorar a conduta da vítima na análise do delito
8. Um dos pontos de virada deste percurso foi a teoria da imputação objetiva, que entende o tipo penal não como mera descrição de uma relação natural-causal, e sim de uma relação social, atendendo às valorações político-criminais e permitindo a abertura para interpretações teleológicas dos tipos.
9. Em meio a essas perspectivas, a Vitimodogmática surge como a proposta do filtro normativo da autorresponsabilidade da vítima, entendendo que o direito penal não deve atuar nos casos em que, dentro do razoável e do esperado, a vítima permitiu a lesão aos próprios bens jurídicos. Aqui Bernd Schünemann emerge como o autor de posicionamento mais forte, defendendo a exclusão de tipicidade nesses casos, baseado na visão do direito penal enquanto *ultima ratio*.
10. As leituras Vitimodogmáticas de Schünemann propõem a incorporação de vetores de reinterpretção da participação da vítima no crime, reexaminando a necessidade de tutela penal, que cede parte da proteção dos bens jurídicos ao próprio indivíduo. Para isso, o autor cria situações específicas nos quais estes princípios podem incidir, problematizando que o juízo somente poderia se construir a partir dos casos concretos.

11. A Vitimodogmática converge com as leituras de Schünemann do paternalismo jurídico-penal, que entende estar em processo de expansão, e só é legítimo quando busca salvaguardar os indivíduos do aproveitamento de terceiros. Novamente, o autor contrasta a ideia do paternalismo à *ultima ratio*, entendendo que o direito penal deve ter o cuidado de não criminalizar modos de vida.
12. A Vitimodogmática sofreu críticas metodológicas sobre como se daria, de fato, a operação do vetor da autorresponsabilidade, parte delas respondidas pelo próprio autor. Este trabalho acredita que, seguindo alguns requisitos que sejam absolutamente despidos da ideia de sobrecarregar a vítima ou inaceitavelmente inverter papéis entre ela e o autor, é possível incorporar estes influxos, principalmente para evitar a criminalização de modos de vida, ou seja, opções de autodeterminação identitária da vítima.

Dessa maneira, defendemos pelo afastamento da responsabilidade penal do terceiro previamente infectado no *barebacking*, considerando alguns requisitos para a aplicação da perspectiva Vitimodogmática, de maneira a não usurpar da vítima seu direito à soberania pessoal. Na esteira das demais teorias que propuseram a incorporação de filtros normativos ao tipo penal, traz a vantagem de abrir portas para as relações sociais sempre cambiantes e complexas, fazendo da interpretação do tipo penal um sistema aberto, permeável a uma leitura teleológica, sempre em questionamento da necessidade da aplicação da tutela penal.

Em que pesem os limites da Vitimodogmática, suas propostas permitem repensar criticamente os embates entre regulação e emancipação para um aperfeiçoamento da tutela penal. Compreendemos, ainda, ser um cenário intrinsecamente complexo, que implica ponderações transversais, as quais podem ser aprofundadas em trabalhos futuros.

## 7. REFERÊNCIAS

ADAM, Barry D.. Constructing the neoliberal sexual actor: Responsibility and care of the self in the discourse of barebackers. **Culture, Health & Sexuality**, [s.l.], v. 7, n. 4, p.333-346, jul. 2005. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/13691050500100773>.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA INTERDISCIPLINAR DE AIDS. **ABIA divulga nota sobre a polêmica do barebacking.** Disponível em: <<http://abiaids.org.br/abia-divulga-nota-sobre-a-polemica-do-barebacking/28159>>. Acesso em: 16 out. 2019.

AZEVEDO, Ana Vicentini de. **Mito e a psicanálise.** Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimo e critérios de aplicação.** [s.i]: Versão Provisória Para Debate Público, 2010.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade.** São Paulo: Editora 34, 2013.

BECK, Ulrich; REY, Jesús Alborés. **La Sociedad del Riego Global.** Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

BERG, Rigmor C.. Barebacking: A Review of the Literature. **Archives Of Sexual Behavior**, [s.l.], v. 38, n. 5, p.754-764, 22 jan. 2009. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1007/s10508-008-9462-6>.

BIRMAN, Joel. **As pulsões e seus destinos: do corporal ao psíquico.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito.** São Paulo: Atlas, 2015.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. **Vítima.** São Paulo: Universitária de Direito, 1978.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAUDE. . **Ministério da Saúde lança campanha para conter avanço de HIV em homens.** Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pt-br/noticias/ministerio-da-saude-lanca-campanha-para-conter-avanco-de-hiv-e>>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 98.712. **DJe n.248.** Brasília, 17 dez. 2010.

CABETTE, Eduardo Luis Santos. **Torpeza ou Fraude Bilateral sob A Ótica da Vitimodogmática e da Autoproteção.** Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/11/c83b0c6a-torpeza-ou-fraude-bilateral-no-estelionato-sob-a-otica-da-vitimodogmatica-e-da-autoprotecao.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2019.

CARBALLO-DIÉGUEZ, Alex; BAUERMEISTER, José. ‘Barebacking’. **Journal Of Homosexuality**, [s.l.], v. 47, n. 1, p.1-16, 19 maio 2004. Informa UK Limited. [http://dx.doi.org/10.1300/j082v47n01\\_01](http://dx.doi.org/10.1300/j082v47n01_01).

CONLY, Sarah. **Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism.** New York: Cambridge University Press, 2013.

COSTA, Lucas Gabriel Santos. **A conduta típica e o comportamento da vítima no direito penal: A intervenção da vítima no ato perigoso.** 2019. 333 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

DINIZ NETO, Eduardo. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. **Revista do Direito Público**, [s.l.], v. 5, n. 2, p.202-220, 15 dez. 2010. Universidade Estadual de Londrina. <http://dx.doi.org/10.5433/1980-511x.2010v5n2p202>.

DWORKIN, Gerald. Paternalismo: algumas novas reflexões. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 7, n. 4, p.71-80, jul. 2012.

ENRIQUE, Márquez Cárdenas Álvaro. La Victimologia como Estudio: redescubrimiento de la victima para el proceso penal. **Prolegómenos: Derechos y Valores**, Bogotá, v. , n. 27, p.27-42, jul. 2011.

ESTADOS UNIDOS. UNAIDS/ONU. . **Estatísticas Globais sobre HIV em 2019.** Disponível em: <<https://unaid.org.br/estatisticas/>>. Acesso em: 20 set. 2019.

FARIAS, Maria do Carmo Bettencourt de. **A liberdade esquecida: fundamentos ontológicos da liberdade no pensamento aristotélico.** São Paulo: Edições Loyola, 1995.

FATTAH, Ezzat. Victimología: pasado, presente y futuro. **Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia**, [s.l.], v. 2, n. 16, p.1-33, jan. 2014.

FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law: harm to self.** Oxford: Oxford University Press, 1989.

FELIPE, Rafael Luego. **O papel da vítima na teoria do delito: a necessidade de distinção entre as regras do consentimento e a heterocolocação em perigo.** 2018. 1 v. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

FERNANDES, David Augusto. DIREITOS HUMANOS E VITIMOLOGIA: UMA NOVA POSTURA DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL - DOI. **Revista da Faculdade de Direito da**

**Universidade Federal de Minas Gerais**, [s.l.], n. 64, p.379-411, 23 dez. 2014. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. <http://dx.doi.org/10.12818/p.0304-2340.2014v64p379>.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Virei um caçador do vírus HIV', diz praticante de roleta-russa do sexo.** 2015. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/saopaulo/2015/02/1594341-virei-um-cacador-do-virus-hiv-diz-praticante-de-roleta-russa-do-sexo.shtml>>. Acesso em: 15 out. 2019.

FREITAS, Marisa Helena D'arbo Alves de; FALEIROS JUNIOR, Roberto Galvão (Org.). **Estudos Contemporâneos de Vitimologia.** São Paulo: Editora Unesp, 2011. 159 p.

GRECO, Luis. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado.** Niterói: Impetus, 2017.

GRILL, Kale; HANNA, Jason. **The Routledge Handbook of The Philosophy of Paternalism.** New York: Routledge, 2018.

HERNÁNDEZ, Moisés Moreno. Política criminal y dogmática de las víctimas. In: VITALE, Gustavo L.; OUVINA, Guillermo; OLIVIINA, Guillermo. **Teorias Actuales En El Derecho Penal.** Buenos Aires: Ad-hoc, 2003. p. 351-373.

HONNETH, Axel; ANDERSON, Joel. Autonomia, Vulnerabilidade, Reconhecimento e Justiça. **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**, [s.l.], n. 17, p.81-112, 14 jun. 2011. Universidade de Sao Paulo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBiUSP. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-9800.v0i17p81-112>.

HURD, Heide M.. Paternalism and the criminal law. In: GRILL, Kalle; HANNA, Jason. **The Routledge Handbook of The Philosophy of Paternalism.** New York: Routledge, 2018. Cap. 22. p. 277-293.

JORNAL O GLOBO (Brasil). **O que está por trás da explosão de casos de HIV entre jovens.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/o-que-esta-por-tras-da-explosao-de-casos-de-hiv-entre-jovens-2345939>>. Acesso em: 2 out. 2019.

K.GAUTHIER, Deann; J.FORSYTH, Craig. Bareback sex, bug chasers, and the gift of death. **Deviant Behavior**, [s.l.], v. 20, n. 1, p.85-100, jan. 1999. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/016396299266605>.

KIRCHENGAST, Tyrone. **The Victim in Criminal Law and Justice.** London: Palgrave Macmillan, 2006.

MAIA, Christiane; GUILHEM, Dirce; FREITAS, Daniel. Vulnerabilidade ao HIV/Aids de pessoas heterossexuais casadas ou em união estável. **Revista de Saúde Pública**, [s.l.], v. 42,

n. 2, p.242-248, abr. 2008. FapUNIFESP (SciELO).  
<http://dx.doi.org/10.1590/s0034-89102008005000004>.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 1 v. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito Penal, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <doi:10.11606/T.2.2010.tde-27012011-113618>. Acesso em: 20 out. 2019.

MELIÁ, Manuel Cancio. **La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima**. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

MELIÁ, Manuel Cancio. Reflexiones sobre la "victimodogmática" en la teoría do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCCrim, São Paulo, p.23-57, mar. 1999.

MENDES, José Manuel. Ulrich Beck: a imanência do social e a sociedade do risco. **Análise Social**, Lisboa, v. 214, n. 1, p.211-215, mar. 2015.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e Frustração da Tutela Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Marine Carrière de. **Reflexos da Vitimodogmática no Consentimento em Direito Penal**. 2016. 1 v. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

NASIO, J.-d. **Introdução às obras de Freud, Ferenczi, Groddeck, Klein, Winnicott, Dolto, Lacan**. Rio de Janeiro: Zahar, 1995.

NOUR, Soraya. Verbete Autonomia. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 76.

O ESTADO DE S. PAULO. **Os homens que passam o HIV de propósito**. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,os-homens-que-passam-o-hiv-de-proposito,1637673>>. Acesso em: 15 out. 2019.

PEREIRA, Carla Rocha; MONTEIRO, Simone Souza. A criminalização da transmissão do HIV no Brasil: avanços, retrocessos e lacunas. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, [s.l.], v. 25, n. 4, p.1185-1205, dez. 2015. FapUNIFESP (SciELO).  
<http://dx.doi.org/10.1590/s0103-73312015000400008>.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 12. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

ROBINSON, Brandon Andrew. Barebacking with Weber: Re-enchanting the rational sexual order. **Social Theory & Health**, [s.l.], v. 12, n. 3, p.235-250, 14 maio 2014. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1057/sth.2014.4>.

ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general::** Fundamento. La estructura de la teoría del delito. Tomo I.. España: Editorial Civitas, 1994. Traducido por: LUZON PEÑA.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal:** (tradução de Luis Greco). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 38, p.10-30, abr. 2002.

ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, p.1-26, jan. 2013.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. La victimo-dogmática en el derecho extranjero. In: IPIÑA, Antonio Beristain; ARZAMENDI, José Luis de La Cuesta. **Victimología : VIII Cursos de Verano en San Sebastián**. San Sebastian: Universidad del País Vasco/euskal Herriko Unibertsitatea, 1990. p. 105-112.

SANTOS, Luís Henrique Sacchi dos. Educação e Pesquisa de Práticas Sexuais de Risco (Barebacking sex). In: RIOS, Luís Felipe et al. **Homossexualidade: produção cultural, cidadania e saúde**. Rio de Janeiro: Abia, 2004. Cap. 2. p. 69-83. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/604/1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 29 set. 2019.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Aspectos jurídico-penais da transmissão da AIDS. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 37, p.209-234, mar. 2002.

Schünemann, Bernd. **Temas actuales e permanentes del Derecho Penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002.

Schünemann, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 4, n. 7, p.47-70, dez. 2012.

Schünemann, Bernd. A posição da vítima no sistema da justiça penal: um modelo em três colunas. In: Schünemann, Bernd. **Estudo de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 112-123.

Schünemann, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo. In: Schünemann, Bernd. **Estudo de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 277-293.

Schünemann, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!: Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCCrim, São Paulo, v. 53/2005, p.9-37, abr. 2005.

Schünemann, Bernd. Sistema del Derecho Penal Y Victimodogmática. In: RIPOLLÉS, José Luis D'és et al. **La Ciencia del Derecho Penal ante el Novo Siglo**: Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Jose Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002. p. 159-172.

Schünemann, Bernd; GRECO, Luis (coord.). **Estudo de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. **Imputação Objetiva e a Conduta da Vítima**. Curitiba: Juruá, 2010. 185 p.

SILVA, Luís Augusto Vasconcelos da. **Desejo a flor da tel@**: a relação entre risco e prazer nas práticas de barebacking. 2008. 198 f. Tese (Doutorado) - Curso de Saúde Coletiva, Instituto de Saúde Coletiva, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

SILVA, Luís Augusto Vasconcelos da. Barebacking e a possibilidade de soroconversão. **Cadernos de Saúde Pública**, [s.l.], v. 25, n. 6, p.1381-1389, jun. 2009. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-311x2009000600020>.

SILVA, Luís Augusto Vasconcelos da. Redução de riscos na perspectiva dos praticantes de barebacking: possibilidades e desafios. **Psicologia & Sociedade**, [s.l.], v. 24, n. 2, p.327-336, ago. 2012. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-71822012000200010>.

UNAIDS/ONU. **Indetectável = Intransmissível. Saúde pública e supressão da carga viral do HIV**. Disponível em: [https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Indetect%C3%A1vel-intransmiss%C3%A1vel\\_pt2.pdf](https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Indetect%C3%A1vel-intransmiss%C3%A1vel_pt2.pdf). Acesso em: 19 out. 2019.

UNAIDS/ONU. **Nota Técnica sobre o Projeto de Lei 198/2015 que "torna crime hediondo a transmissão deliberada do vírus da AIDS**. Disponível em: [https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2017/05/144\\_2015\\_03\\_31\\_NT\\_UNAIDSContraPL198.pdf](https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2017/05/144_2015_03_31_NT_UNAIDSContraPL198.pdf). Acesso em: 28 out. 2019.

VEJA SÃO PAULO. **Ricardo Corrêa sobre “Bug Chaser”**: “Gays não estão mais desencanados”. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/blog/dirceu-alves-jr/ricardo-correa-bug-chaser-teatro-peca-gays-nao-estao-mais-desencanados-ator/>. Acesso em: 15 out. 2019.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: Fundamentos da sociologia compreensiva. São Paulo: Editora Unb, 2004.

WHITE, Becky Cox. **Competence to Consent**. Washington: Georgetown University Press, 1994.