



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LÍVIA ALEGRIA

**A TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV FACE À TUTELA PENAL E A
(IM)POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO À AUTONOMIA DA VÍTIMA**

Salvador
2020

LÍVIA ALEGRIA

**A TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV FACE À TUTELA PENAL E A
(IM)POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO À AUTONOMIA DA VÍTIMA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Maria Auxiliadora Minahim.

Salvador
2020

FICHA CATALOGRÁFICA

A366

Alegria, Livia

A transmissão do vírus HIV face à tutela penal e a (im)possibilidade de atribuição à autonomia da vítima / por Livia Alegria. – 2020.

114 f.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Maria Auxiliadora Minahim.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia,
Faculdade de Direito, Salvador, 2020.

1. AIDS (Doença). 2. Direito penal. 3. Saúde pública. I. Minahim,
Maria Auxiliadora. II. Universidade Federal da Bahia – Faculdade de
Direito. III. Título.

CDD – 614.5993

TERMO DE APROVAÇÃO

LÍVIA ALEGRIA

A TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV FACE À TUTELA PENAL E A (IM)POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO À AUTONOMIA DA VÍTIMA

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Professora Maria Auxiliadora Minahim – Orientadora

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Professor Sebastián Borges de Albuquerque Mello

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Professora Ana Thereza Meireles Araújo

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Universidade do Estado da Bahia (UNEB)

Salvador, 13 de agosto de 2020.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, professora Maria Auxiliadora Minahim, por todo o cuidado e dedicação. Foi uma honra e um aprendizado ter sido acompanhada por uma pessoa dotada de tamanho conhecimento e, acima de tudo, humanidade. Guardarei essa experiência com muito carinho.

Aos queridos professores que contribuíram para a minha evolução pessoal e profissional desde os momentos de graduação, serei sempre grata. Após ter vivenciado essa oportunidade acadêmica desafiadora, desejo que eu possa inspirar outras pessoas ao longo da minha trajetória, assim como fui inspirada por vocês.

À minha família, ao meu namorado e aos meus amigos, por nunca me deixarem esquecer de quem sou e do que sou capaz. Levo vocês comigo onde quer que eu vá.

À minha mãe, por diariamente me ensinar sobre empoderamento, determinação e amor. Os meus agradecimentos mais especiais serão sempre seus.

“Viver é a coisa mais rara do mundo.
A maioria das pessoas apenas existe”.

Oscar Wilde

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar, no âmbito das relações sexuais desprotegidas entre indivíduos discordantes, a possibilidade jurídica da manifestação da autonomia do soronegativo no sentido de admitir o risco da transmissão do vírus HIV. Inicialmente tratou-se acerca das questões clínicas e sociais atinentes à doença, bem como dos principais bens jurídicos individuais lesionados em razão desta, com enfoque nos direitos à integridade, à saúde e na discussão relativa ao direito à vida. Na sequência, foram analisados os institutos da autonomia individual e da vulnerabilidade, além da tutela especial dispensada aos vulneráveis nas hipóteses de paternalismo estatal. Demonstrou-se, ainda, a legitimidade da proteção penal ao bem jurídico saúde pública, além da sua incidência nas hipóteses envolvendo o vírus HIV, evidenciando a necessidade de reconhecimento dos bens jurídicos coletivos oriundos do surgimento da sociedade de riscos. Por fim, perpassou-se pela análise das formas de materialização da autonomia individual em sede de direito penal, destacando as hipóteses de colocação em risco, de consentimento do ofendido, das construções vitimodogmáticas e do princípio da autorresponsabilidade. Considerando o entendimento de complementariedade entre a tutela da autonomia individual e dos interesses coletivos, pretendeu-se reconhecer que as situações de transmissão sexual do vírus HIV não são caracterizadas apenas por direitos de cunho individual, envolvendo também a saúde pública. A titularidade coletiva do bem jurídico impossibilita que este seja colocado em risco pelos sujeitos envolvidos, desde que se trate de hipótese em que haja efetivamente risco à saúde pública, evitando-se a intervenção estatal indevida sobre a liberdade sexual e a intimidade dos sujeitos, com fundamento em aspectos de cunho exclusivamente morais e alheios à ordem jurídica.

Palavras-chave: vírus HIV; autonomia individual; autocolocação e heterocolocação em perigo; saúde pública e bens jurídicos coletivos.

ABSTRACT

This dissertation seeks to analyze, within the scope of unprotected sexual relations between serodiscordant individuals, the juridical possibility of seronegative manifest his autonomy admitting the risk of contracting HIV virus. Initially, it were discussed the clinical and social issues regarding the disease, as well as the main legal goods harmed because of it, focusing on the rights to integrity, to health and on the debate involving the right to life. In the sequence, the institutes of individual autonomy and vulnerability were examined, in addition to the special care granted to vulnerable people on the hypothesis of state paternalism. It was demonstrated also the legitimacy of protecting the legal good known as public health, wich is deeply related to the situations involving HIV virus, showing the necessity of universal recognition to legal goods inherents to the society of risks. At last, it were analyzed the ways through wich the individual autonomy manifests itself in the ambit of criminal law, highlighting the hypotheses of assumed risks, consent, victimdogmatic theories and the autoresponsibility principle. Considering the knowledge of the complementarity between individual autonomy and collective interests, the present paper intended to recognize that the situations involving sexual transmission of HIV virus are not featured only by individual rights, but also by public health. The collective ownership that incides on the legal good makes it impossible for the people involved to put it at risk, as long as there is actually risk to the public health, avoiding the undue intervention by the state over sexual liberty and intimacy of people, with fundaments only on aspects of moral nature and far from the juridical order.

Keywords: HIV virus; individual autonomy; assumed risks theory; public health and collective legal goods.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
n.	número
AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
COVID	Corona Virus Disease
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana
HPV	Vírus do Papiloma Humano
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
UNAIDS	Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância
PrEP	Profilaxia Pré-Exposição

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DELINEAMENTO DO VÍRUS HIV NO CENÁRIO BRASILEIRO	14
2.1 A EPIDEMIA E AS SUAS IMPLICAÇÕES CLÍNICAS E SOCIAIS	14
2.2 AFETAÇÃO DOS BENS JURÍDICOS DO INDIVÍDUO SOROPOSITIVO	23
2.2.1 A dignidade da pessoa humana como fundamento da tutela dos direitos individuais	23
2.2.2 A questão do direito à vida	26
2.2.3 O direito à integridade física	30
2.2.4 O direito à saúde	32
3 TRANSMISSÃO DO HIV: MATERIALIZAÇÃO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL E DA SAÚDE PÚBLICA	35
3.1 AUTONOMIA DO PORTADOR DO BEM JURÍDICO	35
3.2 O HIV ENQUANTO PROCESSO DE VULNERAÇÃO DOS INDIVÍDUOS	42
3.2.1 Vulnerabilidade dos indivíduos soropositivos	43
3.2.2 O paternalismo jurídico-penal e a tutela das vulnerabilidades	47
3.3 A SAÚDE PÚBLICA E O HIV	52
3.3.1 O direito penal e a expansão da tutela dos bens jurídicos nas “sociedades de risco”	52
3.3.2 A legitimidade do bem jurídico saúde pública	60
4 A ATUAÇÃO ESTATAL NAS SITUAÇÕES DE TRANSMISSÃO VOLUNTÁRIA DO VÍRUS HIV	66
4.1 MATERIALIZAÇÃO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL NA VOLUNTARIEDADE DO TITULAR DO BEM JURÍDICO	66
4.1.1 A teoria da imputação objetiva e as hipóteses de colocação em risco	68
4.1.2 Consentimento do ofendido	77
4.1.3 Construções da vitimodogmática	83
4.1.4 Imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima	88
4.2 A AUTONOMIA E A TUTELA DE INTERESSES COLETIVOS	90

5 CONCLUSÃO

99

REFERÊNCIAS

102

1 INTRODUÇÃO

Décadas após o registro dos primeiros casos do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV), a doença permanece sendo como uma das principais causas de mortalidade em âmbito global. Esforços têm sido feitos pela comunidade internacional no sentido de reduzir a taxa de letalidade associada ao diagnóstico, o que conduziu ao desenvolvimento de tratamentos terapêuticos capazes de fornecer aos indivíduos soropositivos uma longevidade equiparável à dos sujeitos soronegativos. Embora existam medicamentos destinados ao controle do quadro da doença, ainda não foram descobertos tratamentos que possibilitem uma cura em relação ao vírus.

Porém, os altos índices de transmissão e de novos casos permanecem como um empecilho ao efetivo combate e controle da epidemia do HIV. O cenário do vírus mostra-se, portanto, como uma verdadeira questão atinente à saúde pública, sendo matéria de interesse coletivo não apenas em escala nacional, mas em ótica global. Em meio ao quadro apresentado, mostra-se de extrema relevância a análise acerca das transmissões do vírus, bem como das condutas individuais que repercutam negativamente na tentativa de combate e controle da epidemia, buscando compatibilizar as esferas de manifestação da autonomia individual com o respeito à saúde pública.

A discussão acerca da autonomia individual e dos limites à sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no âmbito do direito penal, conduz a variados possíveis conflitos entre os valores individuais e a tutela do coletivo – mais especificamente da saúde pública. Nesse sentido, o presente trabalho possui como objetivo o tratamento da voluntariedade dos sujeitos soronegativos nas hipóteses de transmissões sexuais desprotegidas do vírus HIV, analisando a sua possibilidade e legitimidade no que toca ao direito penal, considerando a premente necessidade de que se tutele a autonomia individual sem rechaçar indevidamente os valores coletivos incidentes nos casos. O estudo específico sobre as hipóteses envolvendo o HIV se justifica pelo caráter diferenciado do vírus, não apenas no tocante à inexistência de cura e aos acentuados índices relativos à epidemia, mas pelos aspectos sociais e culturais atrelados ao diagnóstico.

Para tanto, o presente trabalho dividiu-se em três capítulos. Adotou-se método dedutivo e analítico, com pesquisa bibliográfica, documental e qualitativa, perpassando por livros e artigos da área jurídica, médica e bioética, de forma a

alcançar um resultado condizente e adequado à realidade circundante, além de terem sido utilizados legislações e precedentes jurisprudenciais.

O primeiro capítulo do trabalho analisou o atual panorama do HIV no mundo, bem como os dados clínicos relativos à doença, perpassando pelas formas de transmissão e pelos tratamentos disponíveis ao controle do vírus. Ressalte-se que se debruçou especificamente sobre as hipóteses de transmissão sexual do HIV, considerando que permanece sendo uma das principais formas de transmissão. Prosseguiu-se com a análise de aspectos sociais e culturais (como a desigualdade de gênero) e de como tais questões podem influenciar as relações sexuais e, principalmente, a decisão do indivíduo soronegativo de voluntariamente assumir o risco da transmissão do vírus. Ainda, buscou-se examinar quais direitos individuais estariam sob risco de violação nas hipóteses de transmissão do HIV, com destaque para os direitos à saúde, à integridade física e à problemática do direito à vida, evidenciando dignidade da pessoa humana como fundamento para a tutela dos referidos bens.

Em um segundo momento, discutiu-se acerca da autonomia individual e da sua materialização na vida íntima e privada através da liberdade sexual, reconhecendo-se a necessidade de observância e de proteção da liberdade de escolha de cada indivíduo enquanto forma de concretização da sua dignidade. Em contraponto, analisou-se em igual medida as situações de intervenção estatal sobre a referida autonomia, especialmente nas situações envolvendo indivíduos vulneráveis. A seguir, apresentou-se o direito à saúde pública enquanto valor legítimo e igualmente incidente nas situações em tela, presente na mesma medida em que os direitos individuais anteriormente tratados.

O último capítulo objetivou esclarecer a incidência da autonomia individual no direito penal, evidenciando que a sua tutela e reconhecimento também se materializam no âmbito público, principalmente através das hipóteses de colocação em risco, de consentimento do ofendido e da teoria da autorresponsabilidade. Nesse sentido, buscou-se, ainda, enquadrar a conduta voluntária do indivíduo soronegativo em tais institutos, considerando especificamente a colocação em risco dos seus direitos individuais.

Por fim, examinou-se a aparente contradição e conflito entre a tutela de bens jurídicos individuais e coletivos pelo direito penal, materializados no trabalho através da autonomia individual e da saúde pública, respectivamente, demonstrando

a necessidade de se reconhecer o equilíbrio e a verdadeira complementaridade existentes entre os âmbitos individual e coletivo. Dessa forma, negou-se a ideia da autonomia individual enquanto valor prevalente e preponderante sobre todos os demais, devendo ser analisada e tutelada nos limites dos interesses e direitos coletivos – o que se reflete na própria hipótese de transmissão do HIV através de relações sexuais desprotegidas e voluntárias.

2 DELINEAMENTO DO VÍRUS HIV NO CENÁRIO BRASILEIRO

O vírus HIV permanece sendo uma condição que aflige milhões de indivíduos em escala global. A manutenção de altas taxas de transmissão e novas infecções associada a fatores clínicos como a inexistência de cura e de vacinas, constituem óbices ao real enfrentamento e controle da doença. Para além dessas circunstâncias, aspectos individuais, sociais e culturais influenciam diretamente nas situações de transmissão do vírus, especialmente sob a ótica das transmissões sexuais. Considerando-se que a via sexual continua sendo a principal e mais comum forma de transmissão do vírus, o presente trabalho terá como objeto especificamente tal hipótese. Ressalte-se que a tentativa de aplicação analógica dos fundamentos e questionamentos abordados no presente trabalho às demais formas de transmissão poderia conduzir a conclusões inadequadas, tendo em vista que cada hipótese de transmissão possui as suas particularidades, além de sofrerem influências externas e sociais não necessariamente similares.

Analisa-se, no capítulo, os impactos do diagnóstico da soropositividade sobre os direitos da personalidade dos indivíduos portadores e, ainda, levanta-se a discussão sobre as formas através das quais podem as particularidades das relações afetivas e sociais interferirem nas hipóteses de transmissão para sujeitos soronegativos. Reconhece-se, porém, a impossibilidade de esgotamento do tema, considerando que as vidas íntima e sexual são sempre resultado da conjugação de fatores próprios dos indivíduos e dos seus parceiros.

2.1 A EPIDEMIA E AS SUAS IMPLICAÇÕES CLÍNICAS E SOCIAIS

A Organização das Nações Unidas estipulou um ambicioso objetivo: pôr fim à epidemia do HIV até o ano de 2030, o que significaria uma redução de 90% do número de novos infectados pelo vírus¹. Diz-se ser o projeto ambicioso, pois, atualmente, o HIV segue como uma das principais causas de mortalidade mundial. Embora os índices de mortalidade venham reduzindo significativamente em razão da

¹ PROGRAMA CONJUNTO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE HIV/AIDS (UNAIDS). *Miles to go: closing gaps breaking barriers righting injustices*. 2018, p. 24. Disponível em: http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/miles-to-go_en.pdf. Acesso em: 08 out. 2018.

adoção de novos tratamentos e de medicamentos mais eficazes, o mesmo não ocorre em relação aos casos de novas transmissões.

Ainda que o número de mortes em decorrência do HIV tenha diminuído nos últimos anos, essa redução não é suficiente para operar uma modificação no quadro da epidemia, uma vez que os índices de transmissão permanecem altos². De acordo com o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS (UNAIDS), a discrepância observada entre ambos os valores faz com que o número de indivíduos soropositivos venha aumentando ao longo dos tempos – em 2018 eram 36,9 milhões de pessoas convivendo com a doença³. Considerando o cenário brasileiro, o HIV ainda figura entre as 20 principais causas de mortes do país⁴, tendo sido registrados, até 2018, aproximadamente 247.000 casos⁵.

A epidemia do HIV, no contexto brasileiro, tem sofrido significativas alterações. A infecção pelo vírus se concentrava, nos primeiros anos da epidemia, nas regiões Sudeste e Sul, apresentando incidência mais reduzida nas demais. Contudo, essa tendência foi-se alterando, de modo que a taxa de incidência do vírus na população brasileira sofreu um processo de homogeneização e de crescimento em todas as regiões⁶. Simultaneamente, constatou-se um crescimento mais acentuado da transmissão em relação às portadoras do sexo feminino, especialmente se comparada à taxa de transmissão no sexo masculino⁷. Os dados demonstram, portanto, “tendências no sentido da heterossexualização, feminização, pauperização e interiorização da epidemia”⁸.

² PROGRAMA CONJUNTO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE HIV/AIDS (UNAIDS). *Miles to go: closing gaps breaking barriers righting injustices*. 2018, p. 24. Disponível em: http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/miles-to-go_en.pdf. Acesso em: 08 out. 2018.

³ *Ibidem*, loc. cit.

⁴ ABREU, Daisy Maria Xavier de; CARNEIRO, Mariângela; FRANÇA, Elisabeth Barboza; GUIMARÃES, Mark Drew Crosland. Mortalidade por HIV/Aids no Brasil, 2000-2015: motivos para preocupação? **Revista Brasileira de Epidemiologia**. 2017, vol. 20, maio, p. 185. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbepid/v20s1/1980-5497-rbepid-20-s1-00182.pdf>. Acesso em: 08 out. 2018.

⁵ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Boletim Epidemiológico HIV/AIDS**. 2018, p. 7. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/pub/2018/boletim-epidemiologico-hivaids-2018>. Acesso em: 14 jun. 2019.

⁶ ANDRADE, Carla L. Tavares de; BASTOS, Francisco Inácio; ESTEVES, Maria Angela Pires; SWARCWALD, Celia Landmann. A disseminação da epidemia da AIDS no Brasil, no período de 1987-1996: uma análise espacial. **Cadernos de Saúde Pública**. 2000, vl. 16, n. 2, p. 10. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v16s1/2209.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

⁷ *Ibidem*, p. 12.

⁸ GODOI, Alcinda Maria Machado. **Criminalização da transmissão sexual do HIV: uma abordagem bioética**. 2013, p. 26. Tese. (Doutorado em Bioética) – Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília – UnB, Brasília. Orientador: Prof. Dr. Volnei Garrafa. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13238/1/2013_AlcindaMariaMachadoGodoi.pdf. Acesso em: 14 jun. 2019.

O HIV (Vírus da Imunodeficiência Humana) é um vírus que age sobre o sistema imunológico humano, deixando-o mais frágil e suscetível a outras doenças⁹. Em verdade, embora comumente se trate do HIV em conjunto com a AIDS, não se trata de sinônimos. A AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) corresponde a etapa mais avançada da infecção pelo HIV¹⁰, momento no qual o organismo do indivíduo soropositivo já se encontra mais debilitado e mais tendente à contração de outras enfermidades, a exemplo da tuberculose. A infecção pelo HIV pode gerar alguns sintomas (alergias, ansiedade, depressão, febre, dores intensas), mas geralmente são essas outras doenças infecciosas as causas de morte¹¹. Logo, é possível que um indivíduo portador do vírus sequer chegue à fase da AIDS.

O HIV ainda não possui cura e tampouco existe vacina que possa auxiliar na produção de anticorpos contra a doença, a exemplo do que ocorre em relação ao HPV (Vírus do Papiloma Humano) e à hepatite¹². Ressalte-se, porém, a existência de um método moderno de prevenção chamado Profilaxia Pré-Exposição (PrEP). Destinada aos indivíduos que ainda não tenham tido contato com o vírus, a PrEP consiste em medicamento na forma de comprimidos, de uso diário, que, se utilizada de forma adequada, fornece ao organismo instrumentos para evitar que o vírus se estabeleça e se espalhe¹³. Veja-se, pois, que não se trata de medida preventiva similar à vacina, tendo em vista que a sua eficácia não é garantida e pode, ainda, ser afetada pelo descuido na manutenção do tratamento¹⁴. Logo, não promove efetiva imunização.

Entretanto, existe tratamento para a doença, o qual ocorre através da utilização de antirretrovirais (combinação de três substâncias que atuam retraindo o

⁹ FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). HIV/AIDS: Prevenção, tratamento, cuidado. **The Prescriber**. 1998, n. 16/17, set, p. 2. Disponível em: https://www.unicef.org/prescriber/port_p16.pdf. Acesso em: 08 out. 2018.

¹⁰ *Ibidem*, loc. cit.

¹¹ *Ibidem*, p. 11.

¹² Tais particularidades da doença, associadas a aspectos culturais e sociais relativos ao estigma e à segregação, evidenciam que o vírus HIV se trata de condição que merece especial exame, não sendo equiparada ou confundida com outras doenças e tampouco podendo ser enquadrado restritivamente à categoria de doenças sexualmente transmissíveis.

¹³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Profilaxia Pré-Exposição (PrEP). Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/prevencao-combinada/profilaxia-pre-exposicao-prep#:~:text=A%20Profilaxia%20Pr%C3%A9%20Exposi%C3%A7%C3%A3o%20ao,ter%20contato%20com%20o%20v%C3%ADrus>. Acesso em: 03 jul. 2020.

¹⁴ *Ibidem*, loc. cit.

vírus)¹⁵. O tratamento com os antirretrovirais, se combinado a um diagnóstico precoce, pode elevar consideravelmente a expectativa de vida dos indivíduos portadores do vírus, possibilitando mesmo que a sua sobrevivência se assemelhe à de um indivíduo soronegativo¹⁶, além de promover uma redução das taxas de mortalidade associadas à doença. Ademais, tais cuidados podem conduzir a redução ou a supressão da carga viral do indivíduo, o que significa que o vírus se torna intransmissível¹⁷. Conforme estatísticas apresentadas pela UNAIDS em 2018, dentre os indivíduos que possuem acesso ao tratamento, cerca de 81% já apresenta carga viral suprimida¹⁸.

Uma das grandes questões envolvendo o HIV é a falta de conhecimento da sociedade acerca da doença, ou, ao contrário, a formação de uma consciência coletiva acerca de supostas características, resultando na criação de inúmeros “mitos”, especialmente no tocante às formas de transmissão – o HIV não é transmitido, por exemplo, através de beijos, abraços ou meros toques. A transmissão pode ocorrer horizontalmente através da troca de fluidos corporais (sêmen, fluidos vaginais, leite materno e sangue) ou mesmo de forma vertical, da mãe para o feto¹⁹.

Exemplos de situações que podem trazer maiores chances de transmissão são aquelas envolvendo compartilhamento de seringas (mais comum nos casos envolvendo usuários de drogas) ou mesmo ambientes hospitalares, nos quais os funcionários e os médicos estão em constante contato com os fluidos corporais dos pacientes. Cotidianamente trata-se do HIV como uma doença sexualmente transmissível, mas essa não é a única forma de transmissão do vírus, embora seja a principal²⁰.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Consolidated guidelines on the use of antiretroviral drugs for treating and preventing HIV infection*. 2015, nov., p. 6. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/198064/9789241509893_eng.pdf;jsessionid=4A8A493930ED5A7D397FB4BA168EE275?sequence=1. Acesso em: 08 out. 2018.

¹⁶ MARINS, José Ricardo Pio. Acesso universal aos ARV hoje, uma prioridade mais do que nunca! *Revista Tempus Actas em Saúde Coletiva*. 2010, v. 4, n. 2, p. 78. Disponível em: <http://www.tempus.unb.br/index.php/tempus/article/view/793/780>. Acesso em: 08 out. 2018.

¹⁷ PROGRAMA CONJUNTO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE HIV/AIDS (UNAIDS). *Indetectável = intransmissível*. 2018. Disponível em: https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Indetect%C3%A1vel-intransmiss%C3%ADvel_pt.pdf. Acesso em: 08 out. 2018.

¹⁸ *Idem*. *Estatísticas globais sobre HIV*. 2017, p. 2. Disponível em: <https://unaids.org.br/estatisticas/>. Acesso em: 14 jun. 2019.

¹⁹ FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). HIV/AIDS: Prevenção, tratamento, cuidado. *The Prescriber*. 1998, n. 16/17, set, p. 3. Disponível em: https://www.unicef.org/prescriber/port_p16.pdf. Acesso em: 08 out. 2018.

²⁰ GODOI, Alcinda Maria Machado. *Criminalização da transmissão sexual do HIV: uma abordagem bioética*. 2013, p. 26. Tese. (Doutorado em Bioética) – Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade

Ressalte-se que o consciente coletivo que relaciona o vírus HIV a comportamentos de “risco” não é infundado e decorre diretamente do histórico da doença. Os primeiros casos do vírus foram diagnosticados em indivíduos homossexuais, hemofílicos e usuários de drogas²¹, grupos esses que passaram, posteriormente, a integrar os chamados “grupos de risco”. Os “grupos de risco” eram formados por homossexuais, profissionais do sexo, hemofílicos, usuários de heroína e eram assim chamados por adotarem comportamentos arriscados, os quais aumentavam as chances de infecção pelo HIV²². Apesar de não mais se utilizar essa denominação, de modo a minimizar o estigma e a segregação que recai sobre esses indivíduos, fato é que a sociedade permanece associando a doença a comportamentos considerados imorais ou perigosos.

Têm-se, portanto, que as campanhas de prevenção do HIV não podem se resumir a uma educação sanitária e sexual que conscientize a população acerca da utilização de preservativos, mas deve incluir também cuidados pré-natais, realização de partos mais seguros, ampliação do tratamento e prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, além do incentivo a realização de exames diagnósticos²³. Os testes diagnósticos são de extrema relevância, pois quanto antes for obtido o diagnóstico melhores serão as chances de tratamento e menores as chances de transmissão do vírus.

Relevante apontar que em muitas situações os mecanismos de prevenção, embora implementados e difundidos através de políticas públicas, não são efetivamente utilizados pelos indivíduos. O grande desafio em relação à mudança no cenário da doença não reside na pesquisa por mecanismos de prevenção, mas na

de Brasília – UnB, Brasília. Orientador: Prof. Dr. Volnei Garrafa. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13238/1/2013_AlcindaMariaMachadoGodoi.pdf. Acesso em: 14 jun. 2019.

²¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Aids no Brasil: epidemia concentrada e estabilizada em populações de maior vulnerabilidade.** 2012, n. 1, vol. 43, p. 8. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2014/julho/23/BE-2012-43--1--pag-8-a-10-Aids-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2019.

²² CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Ética e HIV/Aids – Uma epidemia que se sustenta.** São Paulo, 2017, p. 47. Disponível em: https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes&cod_publicacao=95. Acesso em: 29 nov. 2019.

²³ FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). HIV/AIDS: Prevenção, tratamento, cuidado. **The Prescriber.** 1998, n. 16/17, set, p. 3. Disponível em: https://www.unicef.org/prescriber/port_p16.pdf. Acesso em: 08 out. 2018.

análise do “fator humano” que precede a técnica²⁴. Ou seja, deve-se buscar conhecer “os fatores humanos, individuais e sociais, para melhor conhecimento da conduta, do processo cognitivo e das emoções envolvidos no relacionamento humano e conjugados à transmissão do HIV”²⁵. As relações íntimas de afeto e as práticas sexuais que culminam na transmissão do vírus estão intrinsecamente associadas à fatores sociais, culturais e, principalmente, a aspectos emocionais, afetivos e individuais de cada um dos parceiros.

Considerando as particularidades de cada casal e de cada indivíduo, percebe-se que a transmissão do HIV pela via sexual não é explicada exclusivamente pela falta de informação acerca da doença. Apenas a disseminação de informações acerca do tema não é capaz de promover uma efetiva modificação no quadro da epidemia, pois é relevante compreender o motivo que leva os casais a manterem relações conjugais desprotegidas ou mesmo a razão pela qual os índices de não utilização dos preservativos são mais altos no sexo feminino²⁶.

Especialmente no tocante aos casais sorodiscordantes, compostos por um indivíduo soropositivo e por outro soronegativo, o afeto e o vínculo existentes entre os parceiros acabam por reduzir a preocupação e os cuidados relativos à prevenção, principalmente na utilização de preservativos²⁷. Pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde com indivíduos soropositivos demonstrou que apenas cerca de 30% dos parceiros fixos jovens fazia uso de preservativo com regularidade, caindo esse índice para 10% quando se tratava de parceiros fixos mais velhos²⁸. A existência de afetividade e de amor é considerada uma espécie de “antídoto contra o vírus”, especialmente no imaginário feminino²⁹.

²⁴ TEMPORINI, Edméa Rita. Prevenção da Aids: um desafio sociocomportamental. **Revista USP**. 1997, n. 33, mar./maio, p. 41. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/35027/37765>. Acesso em: 09 nov. 2019.

²⁵ *Ibidem*, loc. cit.

²⁶ *Ibidem*, p. 40-41.

²⁷ GODOI, Alcinda Maria Machado. **Criminalização da transmissão sexual do HIV: uma abordagem bioética**. 2013, p. 30. Tese. (Doutorado em Bioética) – Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília – UnB, Brasília. Orientador: Prof. Dr. Volnei Garrafa. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13238/1/2013_AlcindaMariaMachadoGodoi.pdf. Acesso em: 14 jun. 2019.

²⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Pesquisa de Conhecimentos, Atitudes e Práticas na População Brasileira**. 2011, p. 52. Disponível em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pesquisa_conhecimentos_atitudes_praticas_populacao_brasil.pdf. Acesso em: 11 out. 2019.

²⁹ BANDEIRA, Lourdes Maria; GARRAFA, Volnei; GONÇALVES, Erli Helena. Ética e desconstrução do preconceito: doença e poluição no imaginário social sobre o HIV/Aids. **Revista Bioética**. 2011, v. 19, n. 1, p. 170. Disponível em:

Os índices de transmissão são muito superiores quando se observa o sexo feminino – a taxa de transmissão para as mulheres é nove vezes maior do que para os homens³⁰. Em muitos casos, por estarem em relações estáveis, as mulheres se sentem protegidas e confiantes no fato de que seus parceiros não irão lhes transmitir a doença³¹. Por outro lado, a prática de sexo desprotegido pelas mulheres pode decorrer diretamente do medo de que a exigência do preservativo seja considerada, pelo(a) companheiro(a), como indício de desconfiança³².

Estudo realizado com mulheres que foram infectadas com o vírus demonstrou que, para grande parte das entrevistadas, “a aids era a doença do outro”³³. O fato de estarem em relações estáveis lhes conferiria uma espécie de “imunidade” em relação à doença, já que, para elas, o HIV seria uma doença associada exclusivamente à comportamentos de risco, promíscuos ou imorais³⁴. Ainda, seria também o amor considerado uma forma de evitação da doença, como se o vírus só pudesse ser transmitido em relações casuais e insignificantes³⁵. Percebe-se, pois, um discurso fortemente marcado pelo preconceito e pela associação à imoralidade e à promiscuidade, os quais resultam da própria construção social acerca da doença³⁶.

Não obstante sejam inúmeras e variadas as justificativas para a maior propensão das mulheres à infecção pelo vírus em razão de relações desprotegidas, esse quadro reflete um aspecto cultural fortemente arraigado na sociedade brasileira: o desequilíbrio de poder existente nas relações heterossexuais³⁷. Tradicionalmente, a responsabilidade e a iniciativa na utilização do preservativo sempre coube ao homem,

http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/613/630. Acesso em: 11 out. 2019.

³⁰ GRANGEIRO, Alexandre. **Aids, 20 anos depois: Os desafios do Brasil para a próxima década**. p. 24. Disponível em: http://www3.crt.saude.sp.gov.br/arquivos/pdf/publicacoes_dst_aids/AIDS_20_anos.pdf. Acesso em: 15 out. 2018.

³¹ *Ibidem, loc. cit.*

³² TEMPORINI, Edméa Rita. Prevenção da Aids: um desafio sociocomportamental. **Revista USP**. 1997, n. 33, mar./maio, p. 40-41. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/35027/37765>. Acesso em: 09 nov. 2019.

³³ MARTIN, Denise. Mulheres e Aids: uma abordagem antropológica. **Revista USP**. 1997, n. 33, mar./maio, p. 93. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/35032/37770>. Acesso em: 09 nov. 2019.

³⁴ *Ibidem, loc. cit.*

³⁵ *Ibidem*, p. 97.

³⁶ ÉVORA, Iolanda; GIOVANNETTI, Andrea. A Aids como construção social. **Revista USP**. 1997, n. 33, mar./maio, p. 133. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/35046/37784>. Acesso em: 29 nov. 2019.

³⁷ TEMPORINI, Edméa Rita. *Op. cit.*, 1997, p. 45.

ficando a mulher sujeita à sua escolha. O poder que se reflete através das relações íntimas entre homens e mulheres torna difícil (ou até mesmo impossível) a negociação e o diálogo entre o casal no tocante à utilização do preservativo³⁸, o que implica no fato de que, muitas vezes, a mulher concordará com essa prática por insegurança ou receio, e não porque verdadeiramente a deseja³⁹.

A transmissão do HIV pela via sexual, portanto, é um reflexo de como são constituídas as relações de gênero atualmente, em uma ótica ampla. O patriarcalismo, a dominação e a opressão aos quais ainda estão submetidas as mulheres geram consequências em todas as esferas e, mais especialmente, no âmbito das suas vidas privada e íntima⁴⁰.

Estudos realizados com indivíduos soropositivos constataram que, na maior parte dos casos em que estes se relacionaram com parceiros de sorologia negativa ou desconhecida, a sua soropositividade foi previamente revelada⁴¹. Ou seja, os seus parceiros, mesmo conhecendo o diagnóstico, aceitaram manter relações sexuais desprotegidas, submetendo-se ao risco de transmissão do vírus. A concepção do “sexo verdadeiro”, identificado pelo sexo sem o uso de preservativo, é associada, por vezes, a uma prova de amor e de pertencimento de um parceiro em relação ao outro⁴².

As relações sexuais sem preservativo são mais comuns em casais fixos, mas não ocorrem exclusivamente nesses casos. Nesse sentido, têm se tornado mais comuns certas práticas sexuais arriscadas, que passaram a ser associadas à ideia da “roleta-russa”. A “roleta-russa do sexo” envolve grupos de indivíduos que se

³⁸ TEMPORINI, Edméa Rita. Prevenção da Aids: um desafio sociocomportamental. **Revista USP**. 1997, n. 33, mar./maio, p. 45. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/35027/37765>. Acesso em: 09 nov. 2019.

³⁹ É o que se pode depreender do discurso de uma das mulheres entrevistadas no estudo citado anteriormente: “Não, ele nunca aceitou que se tocasse nesse assunto [camisinha]. Ele nunca, ele não admitia. Para ele isso não existia. E eu talvez por relaxamento meu, por gostar tanto dele, eu fui deixando, até que infelizmente... Eu ia fazer os exames, dava negativo. Ele falava: tá vendo? como que eu posso ter Aids se o seu é negativo? Eu não tenho. Então a gente ia jogando com a sorte. E eu fui jogando com a minha vida” (TEMPORINI, 1997, p. 96-97).

⁴⁰ GODOI, Alcinda Maria Machado. **Criminalização da transmissão sexual do HIV: uma abordagem bioética**. 2013, p. 114. Tese. (Doutorado em Bioética) – Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília – UnB, Brasília. Orientador: Prof. Dr. Volnei Garrafa. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13238/1/2013_AlcindaMariaMachadoGodoi.pdf. Acesso em: 14 jun. 2019.

⁴¹ *Ibidem*, p. 30.

⁴² MANUEL, Sandra. Presentes Perigosos: dinâmicas de risco de infecção ao HIV/Aids nos relacionamentos de namoro em Maputo. **Physis Revista de Saúde Coletiva**. 2009, v. 19 n. 2, p. 377-379. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/physis/2009.v19n2/371-386/pt>. Acesso em: 11 out. 2019.

relacionam sexualmente, de forma desprotegida, desconhecendo a sorologia dos demais, ou ao contrário, sabendo da participação de um soropositivo no grupo⁴³. A prática pode ocorrer de formas variadas a depender do grupo e pode inclusive não envolver um grupo de pessoas, mas apenas um casal. Não há uma forma pré-determinada para a prática da roleta-russa, mas o que todas buscam, em última análise, é o prazer decorrente do risco da transmissão do vírus.

O “*barebacking sex*” é um exemplo dessa prática e denomina especificamente relações desprotegidas mantidas entre homens homossexuais. Estudo realizado através do acompanhamento de grupos de discussão nas redes sociais e de entrevistas com os indivíduos participantes demonstrou que o perigo associado à transmissão do HIV implica, para os adeptos, em uma “maximização do prazer imediato, porém intenso e real”⁴⁴. A emoção decorrente do medo e da sensação de aventura são os pilares da prática⁴⁵, mas seria possível justificá-la, ainda, como uma forma de rebelião contra a ordem vigente – a qual impõe o sexo seguro⁴⁶.

No mesmo sentido, poder-se-ia citar a prática do chamado “*chemsex*”, que ocorre quando um grupo de pessoas se relaciona, mediante o consumo exacerbado de drogas. A adição dos componentes químicos às relações sexuais, nesses casos, reduz a consciência acerca do risco face ao incremento do prazer e do aguçamento dos sentidos. O risco de transmissão do HIV é agravado, tendo em vista que envolve a prática de inúmeras relações sem a utilização de preservativos. Ressalte-se que não se trata de mera hipótese excepcional, mas, ao contrário, a sua prática já se tornou tão corriqueira em alguns países a ponto de se converter em matéria de saúde pública, a exemplo de Londres⁴⁷.

⁴³ DANTAS, Carolina. 'Virei um caçador do vírus HIV', diz praticante de roleta-russa do sexo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 fev. 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: 11 out. 2019.

⁴⁴ SILVA, Luís Augusto Vasconcelos da. Prazer sem camisinha: novos posicionamentos em redes de interação online. **Cadernos Pagu**. 2010, jul./dez., p. 255. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0104-83332010000200009&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 11 out. 2019.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 258.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 255.

⁴⁷ MOUZO, Jessica. Os riscos das festas ‘chemsex’. **El País**, Barcelona, 08 maio 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/08/estilo/1462729791_990307.html. Acesso em: 01 jul. 2020.

2.2 AFETAÇÃO DOS BENS JURÍDICOS DO INDIVÍDUO SOROPOSITIVO

Os direitos da personalidade tutelam as várias expressões da personalidade individual, considerados bens jurídicos em si, já que dizem respeito às qualidades essenciais⁴⁸ e das quais depende a própria ideia de dignidade da pessoa humana⁴⁹. Os bens jurídicos, em uma perspectiva ampla, correspondem a tudo aquilo que possui relevante valor para o ser humano⁵⁰ e que são suficientemente importantes para ensejar a atuação estatal. A definição dos bens jurídicos mais relevantes de uma sociedade é atribuição da Constituição Federal, que o faz de forma explícita, positivando expressamente a proteção de certos valores (como os próprios direitos da personalidade), ou implícita, trazendo critérios e parâmetros mínimos que deverão ser utilizados como referência pelo legislador ordinário⁵¹.

Especialmente no contexto do vírus HIV, tratar dos bens jurídicos e dos direitos afetados pela doença é de extrema relevância, já que, para os soropositivos, “referem-se à preservação da sua integridade e da sua dignidade e à plena realização da sua personalidade”⁵². Relevante ressaltar que, embora o presente capítulo se debruce especificamente sobre os bens jurídicos individuais afetados pelo vírus, a transmissão do HIV não implica consequências apenas sob a ótica dos direitos individuais e da personalidade dos sujeitos diretamente afetados, mas, para além, constitui verdadeira matéria de interesse público, conforme se demonstrará em momento oportuno.

2.2.1 A dignidade da pessoa humana como fundamento da tutela dos direitos individuais

A dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida como condição humana a partir da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela

⁴⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 16.

⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003, p. 19.

⁵¹ *Ibidem*, p. 90-91.

⁵² DINIZ, Maria Helena. A dignidade e os direitos do portador do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e do doente da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS). In: GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). **Edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos: Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 1373.

Organização das Nações Unidas, em 1948⁵³. Contextualizado em um cenário pós Segunda Guerra Mundial, o documento pretendeu ratificar o repúdio às violações aos direitos humanos ocorridas durante esse período, alçando a dignidade humana à valor fundamental e universal. O ordenamento brasileiro seguiu o mesmo posicionamento, prevendo-o expressamente no art. 1º da Constituição Federal como um dos pilares da República Federativa.

A definição do conceito exato da dignidade da pessoa humana encontra limitação no próprio termo. Em razão da sua alta abstração valorativa e da inexistência de um único parâmetro para o que seria considerado digno, não há um conceito uníssono quando se trata do tema⁵⁴. Contudo, parte-se da construção kantiana da dignidade humana enquanto o tratamento do ser humano como fim em si mesmo⁵⁵ para chegar à conclusão de que, *a contrario sensu*, seria uma conduta atentatória à dignidade toda aquela que promovesse a reificação do ser humano, tornando-o um instrumento para a concreção de determinado fim. Em verdade, para Kant, a dignidade seria materializada principalmente através da autonomia individual. É dizer, o respeito à dignidade humana impõe igualmente o respeito à autonomia de cada um, bem como às decisões dos indivíduos acerca de como desejam reger suas próprias vidas⁵⁶.

Ainda, a dificuldade em definir o termo reside no fato de que se trata de um valor que está em constante modificação e adaptação⁵⁷, considerando as mudanças da sociedade e o que se entende por digno. Certas inovações tornaram-se tão relevantes ao longo dos anos, a exemplo da eletricidade e da tecnologia, que se poderia defender, atualmente, a sua inclusão no conteúdo da dignidade. Logo, é inviável a redução do valor a um rol taxativo e restrito, pois isso implicaria uma verdadeira limitação e esvaziamento do conceito. Pode-se afirmar, contudo, que

⁵³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal de Direitos Humanos**, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 31 out. 2019.

⁵⁴ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil: breves reflexões. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. 2006, n. 8, jun., p. 235. Disponível em: <http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista08/Artigos/WesleyLousada.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2019.

⁵⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Editora Almedina. 2007, p. 79.

⁵⁶ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**: O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Editora *JusPodivm*, 2010, p. 32-33.

⁵⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15.

independentemente de qual seja o conteúdo atribuído ao referido valor, a dignidade humana decorre de atributos e características próprias e únicas dos seres humanos, as quais promovem a sua diferenciação em relação às demais espécies animais – seja no tocante a aspectos intelectuais, psicológicos ou emocionais⁵⁸.

Afirmar a dignidade humana enquanto condição significa assumir o seu caráter inato ao ser humano, reconhecendo que é própria de todo indivíduo e que não está condicionada sequer ao nascimento com vida, já que o ordenamento pátrio garante a proteção do nascituro⁵⁹. Assim sendo, não depende da realização de contratos, do reconhecimento pela lei ou mesmo da existência de capacidade. Para que se exija o respeito à dignidade basta que se trate de ser humano, independentemente de qualquer outro requisito ou qualidade⁶⁰.

Pode-se dizer que o termo traduz um “valor único e incondicional”⁶¹. A dignidade humana é única, pois todos os seres humanos são igualmente dignos⁶², possuem os mesmos direitos fundamentais e devem receber a mesma proteção no que toca à tais direitos. Desse atributo decorre o princípio da igualdade, já que a dignidade é o “denominador comum a todos os homens”⁶³. É, ainda, incondicional, pois, conforme explicitado, não está atrelada ao preenchimento de qualquer condição para que seja reconhecida, se não a natureza humana⁶⁴.

No que toca à sua aplicação, o valor em questão possui dimensões individual e coletiva. Sob a ótica individual, é o fundamento para que o indivíduo faça as suas próprias escolhas e se comporte de acordo com estas – constitui o pilar da autonomia individual, a ser tratada posteriormente. A sua aceção coletiva, por outro lado, implica uma atuação estatal que busque a concretização e a proteção da dignidade dos sujeitos, seja de forma negativa ou positiva. Deve o Estado fornecer instrumentos e utilidades que satisfaçam a dignidade, mas, para além disso, deve

⁵⁸ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**: O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Editora *JusPodivm*, 2010, p. 22.

⁵⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15-16.

⁶⁰ ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da Pessoa: Dois Paradigmas Opostos ou Complementares na Bioética? *In*: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 82.

⁶¹ *Ibidem*, p. 81.

⁶² MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Op. cit.*, 2010, p. 30.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002, p. 44.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 110-114.

evitar a intervenção indevida dos particulares sobre a dignidade dos demais e sobre as suas próprias⁶⁵.

Portanto, a dignidade se relaciona igualmente à autonomia e à heteronomia, servindo de fundamento para a atuação individual sem ignorar a necessidade de coexistência e de respeito à coletividade, admitindo a influência de fatores externos e sociais sobre cada indivíduo⁶⁶. Todavia, a proteção da dignidade humana se opera especialmente através da proteção dos direitos da personalidade, sendo esses considerados verdadeiros desdobramentos daquela. É a dignidade entendida como o “direito a ter direitos”⁶⁷, de forma que os direitos individuais e os direitos humanos representam mecanismos de garantia da vida digna, possibilitando a aplicação do valor altamente abstrato da dignidade humana a situações concretas⁶⁸.

Não é a dignidade humana um direito ou um valor verdadeiramente autônomo, mas ao contrário, é um princípio que perpassa por todo o ordenamento privado e público⁶⁹, o qual só pode ser verdadeiramente concretizado através da tutela de direitos específicos, como os direitos da personalidade. Ou seja, ao se resguardar tais direitos protege-se, em última análise, a própria dignidade humana, sendo aqueles considerados expressões desta⁷⁰.

2.2.2 A questão do direito à vida

O direito à vida encontra previsão no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Ressalte-se que foi apenas com o advento da Constituição de 1988 que o direito em questão passou a ser expressamente previsto e tutelado – antes desse marco

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**. 2010, v. 38, p. 251-252. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>. Acesso em: 04 dez. 2019.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 252-261.

⁶⁷ GARCÍA, Eusebio Fernández *apud* MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**: O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Editora *JusPodivm*, 2010, p. 42.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 42.

⁶⁹ TOLENTINO, Zelma Tomaz. A dignidade humana como limite da renúncia a direitos fundamentais nas relações jurídicas. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; TOLENTINO, Zelma Tomaz (Orgs.). **Direitos fundamentais e relações jurídicas**. Rio de Janeiro: Editora GZ. 2015, 1. ed., p. 30.

⁷⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

histórico a proteção da vida ocorria de forma reflexa, especialmente com a punição dos crimes de homicídio⁷¹.

Embora a discussão acerca da origem e do significado da vida admitam argumentos científicos, filosóficos e religiosos, não se pretende formular um conceito específico para o termo e tampouco solucionar os dilemas que estão a ele relacionados. Independentemente da ótica aplicada, fato é que sem vida não há humanidade, motivo pelo qual é primordial a sua conservação e a sua proteção⁷².

A construção dos direitos enquanto expressões da dignidade humana mostra-se ainda mais evidente quando se observa o direito à vida. Em verdade, pretende-se demonstrar a necessária dependência entre esses conceitos – sem vida não há dignidade e vice-versa⁷³. Dessa premissa surgem inclusive algumas das principais discussões e conflitos no tocante à (in)disponibilidade do direito à vida, como as questões relacionadas à eutanásia. A disponibilidade relaciona-se ao poder que detém o titular do direito ou do bem jurídico de exercê-lo não apenas de forma negativa, demandando de terceiros o dever de abstenção, mas inclusive de forma positiva, restringindo, através da manifestação da sua própria autonomia, o exercício do respectivo direito⁷⁴.

O direito à vida é o direito fundamental e basilar para a proteção de todos os demais bens jurídicos atrelados à personalidade. Não há que se falar na tutela da integridade física e da saúde, por exemplo, se não houver primeiramente vida. Em decorrência disso, surgem posicionamentos no sentido da indisponibilidade do direito e, em contrapartida, teses defensivas da sua disponibilidade, as quais conferem valor quase absoluto à autonomia e ao poder de determinação do indivíduo. Poder-se-ia adotar quaisquer das posições apenas com fundamento na dignidade da pessoa humana, pois uma vida sem qualidade não é verdadeiramente digna, mas, simultaneamente, o desrespeito à vida implica a reificação do ser humano e a negação da sua própria dignidade.

⁷¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Bioética e Direitos Humanos. *In*: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Orgs.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 235.

⁷² *Ibidem*, p. 231.

⁷³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005, p. 147.

⁷⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 113.

Defender a completa indisponibilidade ou disponibilidade do bem jurídico não parece uma resposta adequada. Afirmar a absoluta disponibilidade da vida em decorrência da vontade do seu titular seria conduzir a autonomia individual à papel de direito soberano no ordenamento brasileiro, impossibilitando a sua convivência com quaisquer outros valores conflitantes. Por outro lado, afirmar a completa intangibilidade do bem jurídico tampouco seria acertado, uma vez que a própria Constituição Federal prevê hipótese, embora remota, em que isso seria, *a priori*, possível – nos casos de guerra declarada, como preceitua o art. 5º, inciso XLVII.

Estabelecer uma regra para as possibilidades de disposição pelo titular pode conduzir a inúmeras situações de desproporção e de graves violações a outros direitos também relevantes. Não obstante se esteja falando especialmente sobre o direito à vida, o mesmo posicionamento se aplica a todos os demais direitos da personalidade. O mais adequado, quando se trata de bens jurídicos de tamanha relevância, é a análise hermenêutica e concreta de cada caso, devendo ser consideradas as particularidades pelo aplicador do direito quando da ponderação entre os valores envolvidos⁷⁵.

Para além da questão acerca da indisponibilidade, assim como os demais direitos da personalidade, o direito à vida é um direito *erga omnes*, implicando, para toda a coletividade e para o próprio Estado, o dever de não-intervenção e de respeito face à vida de cada um⁷⁶. Outras características também tratadas pela doutrina são a inalienabilidade, a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade e a imprescritibilidade⁷⁷.

No contexto do diagnóstico da soropositividade, por muito tempo se defendeu que a infecção pelo vírus importaria afetação do direito à vida do sujeito e que, conseqüentemente, a transmissão do vírus caracterizaria situação de homicídio. Cite-se, à guisa de exemplo, julgado de 2011 do Tribunal de Justiça do Rio Grande

⁷⁵ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009, p. 240-241.

⁷⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 33.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 32-33.

do Sul⁷⁸, bem como acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do tema em 1999⁷⁹.

O entendimento de que o diagnóstico do HIV corresponderia a uma “sentença de morte” poderia ser adequado há alguns anos, quando de fato o tratamento disponível não concedia ao indivíduo muito tempo ou qualidade de vida. Porém, conforme exposto, as possibilidades terapêuticas em relação à doença avançaram de tal forma que, apesar de não ser possível a cura, pode o soropositivo viver como se não tivesse a doença, tanto sob a ótica da qualidade quanto do tempo de vida. É possível que o sujeito, se diagnosticado e iniciado o tratamento precocemente, sequer chegue a desenvolver a AIDS⁸⁰. Percebe-se que a infecção pelo vírus HIV não conduzirá necessariamente à afetação da vida do sujeito diagnosticado.

Nesse sentido se posicionou o STF, em precedente datado de 2010. Julgando *habeas corpus* em ação penal que tinha como objeto a presente matéria, o Tribunal Superior afastou a hipótese de homicídio, por entender que o avanço da medicina possibilitou uma alteração no quadro da doença, já que não conduz mais necessariamente à morte do indivíduo⁸¹. Embora não tenha decidido especificamente o enquadramento do crime, a tese adotada passou a ser seguida, a partir de então, pela doutrina e pelos demais Tribunais.

⁷⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime n. 70031589831. Segunda Câmara Criminal. Apelante: Valdecir Cristiano da Silva Quintanilha. Relatora: Min. Marlene Landvoigt. Julgado em 31 maio 2011. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?tipoConsulta=por_processo&return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=70031589831&numero_processo_desktop=70031589831&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 01 jul. 2020.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 9378 – Proc. 1999/0040314-2. Impetrante: Carlos Eduardo Duarte Colvara. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, DJ 18 out. 1999. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900403142&dt_publicacao=23/10/2000. Acesso em: 01 jul. 2020.

⁸⁰ DUARTE, Daniel Nascimento; PAZÓ, Cristina Grobério; PRATA, Carlos Fernando Poltronieri. Transmissão consentida do vírus HIV: análise acerca da responsabilidade penal do agente. ***Derecho y Cambio Social***. 2016, n. 44, p. 30. Disponível em: https://www.derechoycambiosocial.com/revista044/TRANSMISSAO_CONSENTIDA_DO_VIRUS_HIV.pdf. Acesso em: 24 out. 2019.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 98.712/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DJ 17 dez. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617972>. Acesso em: 31 out. 2019.

2.2.3 O direito à integridade física

A integridade física é um dos bens jurídicos que apresenta maior gama de instrumentos protetivos. A Constituição Federal de 1988 o faz, por exemplo, ao tratar da vedação à tortura e a outros tratamentos degradantes (art. 5º, inciso III)⁸², à pena de morte e às penas cruéis (art. 5º, inciso XLVII), bem como ao assegurar expressamente aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX).

O Código Civil também prevê dispositivos específicos traçando limites para a disposição do próprio corpo e, conseqüentemente, da integridade física – o faz através dos art. 13 a 15⁸³. Na seara criminal o mesmo ocorre, pois o Código Penal trata, no capítulo relativo aos crimes contra a pessoa, acerca das lesões corporais e das situações que implicam risco à saúde do indivíduo⁸⁴.

Veja-se que a proteção que o direito penal confere à integridade física possui caráter mais restrito e pontual, uma vez que incide especialmente nas hipóteses de lesão ou perigo de lesão ao bem⁸⁵. Por outro lado, o direito civil promove uma proteção ampla e genérica, não necessariamente atrelada à existência de lesão, buscando uma proteção maximizada dos direitos da personalidade⁸⁶, do que se pode extrair a natureza de complementariedade de ambas as formas de tutela.

No tocante à disponibilidade do direito à integridade, diferentemente do que ocorre em relação ao direito à vida, a doutrina admite com mais facilidade a possibilidade de a integridade, em certos casos, ser restringida pelo seu titular⁸⁷. A prática de certas intervenções corporais na atualidade evidenciam o caráter disponível da integridade física, a exemplo das tatuagens, das cirurgias estéticas, da implantação de acessórios corporais e da doação de órgãos. Sob a ótica penal, por outro lado, a questão da disponibilidade da integridade ultrapassa a mera discussão acerca dos limites do poder do titular. Considera-se, nesse caso, o âmbito de aplicação da norma

⁸² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 out. 2019.

⁸³ *Idem*. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 19 out. 2019.

⁸⁴ *Idem*. **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 out. 2019.

⁸⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005, p. 468.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 468-469.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 476.

penal, bem como a sua necessidade para fins de proteção de bens jurídicos lesionados.

O direito à integridade física é uma das acepções do direito à integridade, a qual é formada, ainda, pelo direito à integridade psíquica. O direito à integridade “consiste em manter-se a higidez física e a lucidez mental do ser, opondo-se a qualquer atentado que venha a atingi-las, como direito oponível a todos”⁸⁸. Nesse cenário, a doutrina mais moderna vem se posicionando no sentido da unidade do direito à integridade, que implica a indissociabilidade entre as integridades física e psíquica⁸⁹.

Outra não pode ser a realidade quando se analisa a questão da integridade sob a ótica do indivíduo soropositivo porquanto seria inadequado admitir que o diagnóstico do vírus não traz quaisquer perturbações para a sua saúde mental. Ao contrário, desde o momento em que recebem o diagnóstico os soropositivos enfrentam os sentimentos de dor, culpa, insegurança, medo⁹⁰ e, muitas vezes, de abandono e isolamento – seja pela família, pelos amigos, pela sua comunidade ou pelo próprio Estado⁹¹. Vale ressaltar que o estigma e o preconceito a que estão submetidos também desempenham um importante papel nesse momento, afetando ainda mais a sua higidez psíquica⁹² e podendo conduzir, em muitos casos, a quadros de depressão⁹³.

Porém, as consequências da infecção são mais evidentes no que se refere à integridade física, já que o vírus atua sobre o organismo reduzindo a sua imunidade e tornando-o mais propenso e vulnerável à outras doenças e riscos. Indivíduos diagnosticados com HIV podem desenvolver inúmeros sintomas, os quais fragilizam gradativamente o corpo e reduzem a sua higidez. Os sintomas se manifestam, por

⁸⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6.ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003, p. 76.

⁸⁹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 171.

⁹⁰ ÉVORA, Iolanda; GIOVANNETTI, Andrea. A Aids como construção social. **Revista USP**. 1997, n. 33, mar./maio, p. 129. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/35046/37784>. Acesso em: 29 nov. 2019.

⁹¹ BANDEIRA, Lourdes Maria; GARRAFA, Volnei; GONÇALVES, Erli Helena. Ética e desconstrução do preconceito: doença e poluição no imaginário social sobre o HIV/Aids. **Revista Bioética**. 2011, v. 19, n. 1, p. 167-168. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/613/630. Acesso em: 11 out. 2019.

⁹² *Ibidem, loc. cit.*

⁹³ FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). HIV/AIDS: Prevenção, tratamento, cuidado. **The Prescriber**. 1998, n. 16/17, set, p. 11. Disponível em: https://www.unicef.org/prescriber/port_p16.pdf. Acesso em: 08 out. 2018.

exemplo, através da perda de peso abrupta, náusea, diarreias, convulsões, dentre muitos outros⁹⁴.

Ressalte-se que a integridade física não significa o reconhecimento da completude física do indivíduo, com todos os seus membros e órgãos. O bem em questão está intimamente relacionado à saúde⁹⁵, de modo que tampouco será íntegro um corpo que possua todos os órgãos e membros, mas cujas funções ou atividades não funcionem de forma adequada e saudável⁹⁶. Percebe-se que a infecção pelo HIV, por prejudicar o funcionamento do organismo do sujeito, tanto sob o aspecto físico quanto psíquico, promove um significativo comprometimento da sua integridade.

Nesse sentido, nas situações envolvendo a transmissão do vírus HIV, entende o Superior Tribunal de Justiça que o enquadramento mais adequado da conduta ocorreria com a imputação do crime de lesão corporal gravíssima pela transmissão de enfermidade incurável (art. 129, §2º, inciso II, do Código Penal)⁹⁷, tendo em vista a violação ao bem jurídico integridade física, acrescido ao fato de ser a gravidade da doença mais acentuada se comparada a outras moléstias – trata-se de doença incurável. Cite-se que o mesmo entendimento já foi adotado pelo Supremo Tribunal da Espanha, conforme precedente datado de 2011, caracterizando a hipótese de transmissão do vírus como crime de lesão corporal grave⁹⁸.

2.2.4 O direito à saúde

O direito à saúde é um dos principais direitos sociais tutelados pelo ordenamento jurídico, estando previsto expressamente no art. 6º da Constituição

⁹⁴ FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). HIV/AIDS: Prevenção, tratamento, cuidado. **The Prescriber**. 1998, n. 16/17, set, p. 11. Disponível em: https://www.unicef.org/prescriber/port_p16.pdf. Acesso em: 08 out. 2018.

⁹⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005, p. 467.

⁹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6.ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003, p. 77.

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 160.982/DF, Quinta Turma. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado em 17 maio 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22087923&num_registro=201000169273&data=20120528&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 24 out. 2019.

⁹⁸ ESPANHA. Tribunal Supremo. Sentença n. 373/2011. Julgado em 08 nov. 2011. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/57c445f8dee3afb5/20111212>. Acesso em: 02 jul. 2020.

Federal⁹⁹. A sua relevância é ratificada pelo art. 196, o qual afirma ser a saúde um direito de todos e um dever do Estado e, ainda, por ter sido adicionada ao texto constitucional seção tratando das diretrizes a serem observadas quando da sua prestação pelo Estado¹⁰⁰. O texto constitucional evidencia o caráter prestacional do direito à saúde, atribuindo ao Estado a obrigação de adotar condutas positivas a fim de prestá-la de forma adequada e igualitária¹⁰¹. Com fundamento na natureza prestacional desse direito, foi criado o Sistema Único de Saúde, previsto no art. 198 da Constituição Federal.

O direito à saúde, assim como os demais direitos fundamentais, possui um viés positivo, conferindo ao seu titular mecanismos de proteção e o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”¹⁰². Não obstante, também pressupõe uma atuação negativa, evidenciada através dos dispositivos constantes no Código Penal, que impõem o dever de não ofensa à saúde alheia, seja através do crime de lesões corporais (art. 129) ou dos crimes específicos de periclitación à saúde (capítulo III).

A Constituição de 1988 evidenciou a natureza autônoma do bem jurídico, incluindo a criação de políticas e instrumentos próprios de proteção, mas deve-se ressaltar a relação de dependência que guarda com o direito à vida e a dignidade da pessoa humana¹⁰³, tendo em vista que a vida humana não será verdadeiramente digna se não puder ser vivida com saúde e qualidade. A partir dessa relação triangular passou-se a questionar o surgimento de novos direitos, como o direito à qualidade de vida ou mesmo o direito de não viver¹⁰⁴, discussões que vêm à tona especialmente em casos envolvendo doenças terminais ou outras condições que afetem a saúde do indivíduo.

⁹⁹ Art. 6º, Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹⁰⁰ Título VIII, capítulo II, seção II, Constituição Federal.

¹⁰¹ BORTOLOTTI, Franciane Woutheres; SCHWARTZ, Germano. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. 2008, ano 45, n. 177, jan./mar., p. 259. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160191/Dimens%c3%a3o_prestacional_direito_saude_177.pdf?sequence=7&isAllowed=y. Acesso em: 12 maio 2020.

¹⁰² Art. 196, Constituição Federal.

¹⁰³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005, p. 170.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 157-158.

No que se refere ao HIV, percebe-se que o bem jurídico mais afetado pelo vírus é a saúde do indivíduo. Porém, considerando o dever estatal de tutela desse direito, o prejuízo à saúde dos soropositivos vêm sendo fortemente combatido ao longo dos anos. O Brasil possui, desde a década de 1990, uma política de distribuição gratuita e universal dos medicamentos antirretrovirais e vêm sendo utilizado como modelo por muitos outros países¹⁰⁵. A oferta gratuita dos medicamentos é prevista expressamente através da Lei 9.313/96¹⁰⁶.

Contudo, ainda existem muitos obstáculos ao acesso à saúde e à melhoria do cenário da doença, dentre os quais se pode evidenciar os altos custos e a dificuldade de financiamento¹⁰⁷. Ademais, apenas a descoberta de um tratamento que viabilizasse a cura ou uma efetiva imunização do indivíduo (através de vacinas, por exemplo) possibilitaria uma proteção verdadeiramente integral da saúde. No que toca à transmissão do vírus HIV, por outro lado, há jurisprudência no sentido de enquadrar a conduta especialmente nos crimes contra a saúde, a exemplo de acórdão que decidiu pelo crime de perigo de contágio de moléstia grave (art. 131 do Código Penal)¹⁰⁸ e de julgado que imputou ao fato o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem (art. 132)¹⁰⁹, ambos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

¹⁰⁵ BARROS, Sandra Garrido de; SILVA, Ligia Maria Vieira da. A terapia antirretroviral combinada, a política de controle da Aids e as transformações do Espaço Aids no Brasil dos anos 1990. **Saúde Debate**. 2017, v. 41, n. 3, p. 115. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v41nspe3/0103-1104-sdeb-41-spe3-0114.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2019.

¹⁰⁶ BRASIL. **Lei 9.313**, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. Brasília, DF, 13 nov. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9313.htm. Acesso em: 01 nov. 2019.

¹⁰⁷ GRANGEIRO, Alexandre. **Aids, 20 anos depois**: Os desafios do Brasil para a próxima década. p. 39. Disponível em: http://www3.crt.saude.sp.gov.br/arquivos/pdf/publicacoes_dst_aids/AIDS_20_anos.pdf. Acesso em: 15 out. 2018.

¹⁰⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Crime n. 2005.050.05627. Terceira Câmara Criminal. Relator: Manoel Alberto Rebêlo dos Santos. Julgado em 06 mar. 2006. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2005.050.05627>. Acesso em: 01 jul. 2020.

¹⁰⁹ *Idem*. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Crime n. 6001/2007. Terceira Câmara Criminal. Relator: Ricardo Bustamante. Julgado em 26 fev. 2008. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2007.050.06001>. Acesso em: 01 jul. 2020.

3 TRANSMISSÃO DO HIV: MATERIALIZAÇÃO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL E DA SAÚDE PÚBLICA

A análise da transmissão do vírus HIV não depende apenas do estudo de institutos jurídicos, relacionando-se intimamente com aspectos de cunho social e cultural. Considerando que as relações afetivas e sexuais são fortemente influenciadas pela cultura e pelas formas através das quais as interações sociais se operam em determinado contexto, tratar do tema exclusivamente sob uma ótica técnico-jurídica poderia conduzir a conclusões inadequadas e ilegítimas. É de extrema relevância a análise dos sujeitos diretamente envolvidos na relação, mas, para além disso, também dos impactos que a sociedade exerce sobre tais situações e, simultaneamente, dos efeitos das referidas relações para a comunidade.

3.1 AUTONOMIA DO PORTADOR DO BEM JURÍDICO

A autonomia é a capacidade de autogoverno do indivíduo, o que se traduz na liberdade para escolher como reger a sua própria vida e, conseqüentemente, quais escolhas tomar¹¹⁰. Tom Beauchamp e James Childress afirmam que o sujeito autônomo, assim como um governo independente, “administra seu território e define suas políticas”¹¹¹. O indivíduo autônomo é aquele que possui suas próprias opiniões e preferências, além de ser dotado do poder de fazer as suas escolhas de acordo com tais juízos, ainda que não sejam estes dominantes ou unânimes em determinada coletividade¹¹².

A autonomia foi alçada a papel de destaque com o pensamento liberal, tendo em vista a grande relevância que passou a ser conferida ao ideal de liberdade – não apenas as liberdades econômica e política, mas principalmente sob a ótica dos direitos individuais¹¹³. Houve a valorização do ser humano enquanto detentor de racionalidade e possibilidades, em contrariedade aos modelos absolutistas vigentes

¹¹⁰ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 139.

¹¹¹ *Ibidem*, loc. cit.

¹¹² FORTES, Paulo Antonio Carvalho; MUÑOZ, Daniel Romero. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Orgs.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 58.

¹¹³ BARRETO NETO, Heráclito Mota. O princípio constitucional da autonomia individual. **Boletim Científico ESMPU**, n. 42-43, jan./dez., 2014, p. 348. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro-dezembro-2014/o-principio-constitucional-da-autonomia-individual>. Acesso em: 30 abr. 2019.

até então, nos quais conferia-se pouco espaço para o desenvolvimento das faculdades individuais face à imposição das vontades monárquicas.

É uma das matérias mais tratadas e discutidas no âmbito da Bioética, tendo sido nessa área que mais fartamente se desenvolveu a sua documentação, a partir da década de 1980. Começou-se, então, a incluir o instituto nos códigos de ética médica, especialmente no contexto da relação médico-paciente¹¹⁴. As discussões envolvendo o tema tradicionalmente encontram mais espaço no âmbito do direito privado¹¹⁵ porquanto este se ocupa primordialmente das relações entre particulares, conferindo-lhes maior poder de atuação e de escolha nas suas relações.

Seguindo essa tendência de tutela das liberdades, a autonomia é resguardada no ordenamento pátrio. No cenário jurídico brasileiro o tratamento da autonomia começou a ocorrer de forma mais relevante com o Código Civil de 1916, o qual era influenciado fortemente por ideais liberais. A disposição acerca da autonomia se inseria em um contexto de proteção de relações patrimoniais, tendo em vista a expressiva tutela que se conferiu às questões envolvendo a propriedade privada. A tutela da pessoa humana considerada em si mesma ocorria em âmbitos externos ao direito privado, o que significa que o sujeito era “assistido nos limites de sua capacidade para ter e deixado em paz pelo legislador em sua potencialidade para ser”¹¹⁶.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 promoveu-se uma profunda modificação nesse cenário. Tendo alçado à papel de destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição de 1988 inverteu os valores vigentes, privilegiando o “ser” em detrimento do “ter”. Ou seja, o ser humano passou a ser tutelado não apenas na sua esfera patrimonial, mas inclusive (e principalmente) na esfera da sua personalidade. O destaque conferido aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana operou, conseqüentemente, uma expressiva modificação e ampliação no instituto da autonomia¹¹⁷.

¹¹⁴ FORTES, Paulo Antonio Carvalho; MUÑOZ, Daniel Romero. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. *In*: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Orgs.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 58-59.

¹¹⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 46.

¹¹⁶ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de; MORAES, Maria Celina Bodin de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. **Pensar**. 2014, v. 19, n. 3, set./dez., p. 792. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3433/pdf_1. Acesso em: 09 dez. 2019.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 792-794.

Não há na Constituição Federal qualquer dispositivo que expressamente preveja a necessidade de proteção do referido valor. Porém, pode-se extrair a sua natureza principiológica do fato de que constitui uma verdadeira “cláusula geral das liberdades”, concretizando-se através de inúmeros outros direitos previstos constitucionalmente, como o direito à vida, à integridade física, à crença, à liberdade de expressão e a própria dignidade da pessoa humana¹¹⁸. Não apenas os direitos de primeira geração são formas de manifestação da autonomia; os direitos sociais também o são, uma vez que possibilitam a coexistência harmônica entre indivíduos igualmente autônomos¹¹⁹.

No tocante à extensão do termo “autonomia”, há uma tendência de se tratar do tema com o emprego de outros termos considerados sinônimos, a exemplo de “autodeterminação” ou mesmo “liberdade”¹²⁰. Abordar a autonomia como mero exaurimento da liberdade individual é insatisfatório. Não apenas em razão da extensa gama de significados que podem ser atribuídos à liberdade¹²¹, mas inclusive porque a autonomia também depende de outras condições. Portanto, a liberdade é apenas um dos seus pressupostos, motivo pelo qual os termos não serão tratados pelo trabalho como sinônimos.

Por outro lado, o poder de autodeterminação representa o exercício da autonomia pelo indivíduo. Não obstante este possa ser afetado por circunstâncias externas, não há uma afetação da autonomia em si, mas apenas da sua exteriorização¹²². Exemplo da redução do poder de autodeterminação ocorre em relação a indivíduos institucionalizados, como os presos. Nesse sentido, defende Miguel Kottow que é um equívoco tratar acerca dos “graus da autonomia”, o que significa que a autonomia não é um valor passível de quantificação¹²³. Existem, portanto, apenas duas possibilidades: pode o indivíduo ser autônomo ou não-

¹¹⁸ BARRETO NETO, Heráclito Mota. O princípio constitucional da autonomia individual. **Boletim Científico ESMPU**, n. 42-43, jan./dez., 2014, p. 352. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro-dezembro-2014/o-principio-constitucional-da-autonomia-individual>. Acesso em: 30 abr. 2019.

¹¹⁹ *Ibidem*, loc. cit.

¹²⁰ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 38.

¹²¹ *Ibidem*, loc. cit.

¹²² KOTTOW, Miguel. **Participación informada en clínica e investigación biomédica: Las múltiples facetas de la decisión y el consentimiento informado**. Bogotá: UNESCO. 2007, p. 25. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000161853>. Acesso em: 30 abr. 2019.

¹²³ *Ibidem*, loc. cit.

autônomo. Não há que se tratar de indivíduos com mais autonomia do que outros pelo fato de que todos os indivíduos autônomos são igualmente autônomos.

De acordo com Tom Beauchamp e James Childress, só há que se falar efetivamente em autonomia se houver um “grau substancial” de intenção e compreensão por parte do sujeito no tocante às suas decisões e aos efeitos delas decorrentes, sendo ainda necessário que as suas decisões não sejam controladas por influências externas – essa independência de controle externo corresponde ao requisito da liberdade tratado anteriormente¹²⁴. Logo, para os autores, a autonomia implica a existência de certo grau de compreensão, intenção e liberdade.

Tratar acerca da liberdade, contudo, não significa que a autonomia exija uma postura hermética por parte do indivíduo, impelindo-o a fazer suas escolhas de forma completamente alheia a fatores externos, mas apenas que tais influências não devem ser a razão específica da sua decisão. Em muitos casos o indivíduo toma decisões sem um total discernimento ou compreensão acerca das consequências das suas escolhas apenas porque, de uma forma ou de outra, uma decisão deve ser tomada¹²⁵. Por isso, não se exige dele uma capacidade perfeita de entendimento e tampouco uma liberdade plena, mas um grau substancial desses requisitos¹²⁶. Se não houver um grau substancial de liberdade e de entendimento pelo sujeito, estar-se-á diante de sujeito não-autônomo, como ocorre em relação às crianças e como pode ocorrer com indivíduos que apresentem deficiências que comprometam ou suprimam a sua capacidade de compreensão.

Portanto, o objetivo da autonomia não é rechaçar os relacionamentos interpessoais ou estimular a completa independência do sujeito face aos outros, criando indivíduos isolados em si mesmos¹²⁷, mas, ao contrário, fornecer instrumentos para que, mesmo diante de tais relacionamentos, possa o indivíduo manter a sua identidade e fazer as suas próprias escolhas. Aceitar que só é autônomo o sujeito que não está suscetível a tais influências é admitir que não há qualquer indivíduo que seja

¹²⁴ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 140.

¹²⁵ BRAZ, Marlene. Autonomia: onde mora a vontade livre? *In*: CARNEIRO, Fernanda (Org.). **A moralidade dos atos científicos – questões emergentes dos Comitês de Ética em Pesquisa**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ. 1999, p. 7. Disponível em: <http://www.ghente.org/publicacoes/moralidade/autonomia.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2019.

¹²⁶ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Op. cit.*, 2002, p. 141.

¹²⁷ *Ibidem, loc. cit.*

verdadeiramente autônomo¹²⁸, uma vez que o ser humano, enquanto ser social, sofre influências constantes, seja por questões pessoais, profissionais, religiosas ou políticas.

Há uma linha tênue entre o que seriam influências controladoras e influências não controladoras em relação às decisões individuais. A mera existência de influências externas não é, por si só, suficiente para descaracterizar a autonomia do sujeito, mas podem essas influências se tornar decisivas para a prática de determinados atos em certas situações. Nesses casos, a autonomia não será afetada, mas o seu exercício o será. Veja-se, pois, que o fato de o indivíduo ser autônomo não impõe que todas as suas ações sejam autônomas.

Inúmeras situações externas podem conduzir a prática de ações não-autônomas, como as deficiências econômicas, sociais e culturais¹²⁹. Dessa forma, a ação completamente autônoma seria rara ou praticamente inexistente, mesmo em se tratando de indivíduos dotados de autonomia¹³⁰.

Para além disso, a questão da autonomia não se limita à inexistência de coerção ou de influências determinantes externas. Apenas se poderá falar em autonomia se houver opções ou alternativas dentre as quais possa o indivíduo escolher. Quando houver unicamente um caminho possível de ser seguido não se estará diante de uma situação de liberdade e tampouco de uma decisão verdadeiramente autônoma¹³¹.

Kant, o maior precursor na discussão acerca do tema, acreditava que a autonomia se expressava na possibilidade de o indivíduo, exclusivamente no uso da sua razão, ao conhecer o bem, decidir como se comportar, transformando essa cognição posteriormente em lei universal¹³². Ou seja, seria a sua razão uma “legisladora universal” a criar as suas próprias leis¹³³. A autonomia decorreria diretamente da capacidade racional do indivíduo, a ser aplicada independentemente

¹²⁸ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 141.

¹²⁹ KOTTOW, Miguel. **Participación informada en clínica e investigación biomédica: Las múltiples facetas de la decisión y el consentimiento informado**. Bogotá: UNESCO. 2007, p. 25. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000161853>. Acesso em: 30 abr. 2019.

¹³⁰ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Op. cit.*, 2002, p. 141.

¹³¹ FORTES, Paulo Antonio Carvalho; MUÑOZ, Daniel Romero. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. *In*: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Orgs.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 57.

¹³² KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Editora Almedina. 2007, p. 76.

¹³³ *Ibidem*, *loc. cit.*

de quaisquer fatores externos ou mesmo de conhecimentos adquiridos a partir de experiências pessoalmente vivenciadas¹³⁴. Percebe-se que tal entendimento contraria o posicionamento de Beauchamp e Childress apresentado anteriormente, uma vez que os autores consideram as situações externas para a análise da autonomia e das ações dos sujeitos autônomos.

No entendimento kantiano, a razão pura é o fundamento para todos os conceitos morais e para o ideal da autonomia¹³⁵, pois é a única que possibilita uma aplicação ilimitada a todo e qualquer indivíduo. A inserção de aspectos empíricos nos conceitos restringe os seus âmbitos de aplicação, uma vez que decorrem de uma ótica específica e individual do sujeito que vivenciou a experiência e, portanto, “nada mais nos ensina senão que a não descobrimos”¹³⁶. Para que a vontade seja verdadeiramente boa e, conseqüentemente, autônoma, deve a ação estar livre de toda e qualquer influência externa pautada na experiência¹³⁷.

O pensamento de Kant acerca da autonomia enquanto produto exclusivo da razão conduz a um quadro no qual se considera o indivíduo de forma hermética e absolutamente independente, desconsiderando o fato de que os seres humanos se desenvolvem e adquirem os seus conhecimentos a partir das suas vivências em sociedade. Nesse sentido, “os indivíduos, por mais autônomos que possam ser concebidos, não estabelecem suas preferências num vácuo afetivo”¹³⁸. Não se pode ignorar que o ser humano, independentemente de onde esteja inserido, pertence a uma comunidade, o que significa que será no seio dessa comunidade que as suas decisões serão tomadas e a sua vontade será dirigida¹³⁹.

De modo a integrar a autonomia à realidade contemporânea e à necessidade da coexistência social, vêm surgindo novas construções e teorias acerca do tema, a exemplo da autonomia procedimental e da autonomia relacional. A primeira ocorre quando o indivíduo reconhece as influências externas às quais está exposto e, ainda assim, avalia criticamente suas decisões e vontades, evitando que tais fatores

¹³⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Editora Almedina. 2007, p. 90.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 46.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 57.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 65.

¹³⁸ MIGUEL, Luis Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. **Opinião Pública**. 2015, vol. 21, n. 3, p. 607. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8642209/9689>. Acesso em: 15 abr. 2020.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 620.

controle suas escolhas¹⁴⁰. Por outro lado, a segunda teoria defende que a autonomia só pode ser observada no contexto das relações interpessoais e da relação do sujeito com a cultura na qual se insere¹⁴¹.

Uma das construções kantianas que mais exerce influência no estudo do tema é a análise da autonomia enquanto decorrência direta e, simultaneamente, como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, é detentor de dignidade todo o “ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá”¹⁴². Embora a autonomia seja o fundamento da dignidade da pessoa humana¹⁴³, a dignidade não depende do exercício dessa autonomia. Em verdade, a dignidade está associada ao potencial para agir de forma autônoma, o que significa que a impossibilidade do exercício da autonomia não obsta o reconhecimento da dignidade¹⁴⁴. Dessa relação surge a exigência de que se trate o ser humano como fim em si mesmo¹⁴⁵, evitando a sua reificação.

Não há que se confundir, portanto, a dignidade da pessoa humana e a autonomia. Indivíduos não-autônomos não têm a sua dignidade reduzida por essa razão – se assim fosse, “não possuiriam nenhuma dignidade e, em consequência, nenhum direito”¹⁴⁶. Em contrário, são protegidos e respeitados enquanto indivíduos dotados de dignidade, na mesma medida em que são os sujeitos autônomos. Por outro lado, tampouco a autonomia se exaure na dignidade. É possível que o sujeito, no exercício da sua autonomia, atue de forma prejudicial e contrária à sua dignidade, admitindo a sua própria instrumentalização, como ocorreria na hipótese de um indivíduo aceitar trabalhar em condições análogas à escravidão¹⁴⁷.

A autonomia se manifesta em todas as esferas da vida do indivíduo, perpassando pelas suas escolhas familiares, sociais, profissionais, religiosas,

¹⁴⁰ ANJOS, Márcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. **Revista Brasileira de Bioética**. 2006, vol. 2, n. 2, p. 179. Disponível em: https://rbbioetica.files.wordpress.com/2014/11/rbb2-2_completa.pdf. Acesso em: 03 abr. 2017.

¹⁴¹ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁴² KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Editora Almedina. 2007, p. 77.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 79.

¹⁴⁴ WEBER, Thadeu. Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant. **Direitos Fundamentais & Justiça**. 2009, n. 9, out./dez., p. 238-239. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/462>. Acesso em: 04 dez. 2019.

¹⁴⁵ KANT, Immanuel. *Op. cit.*, 2007, p. 79.

¹⁴⁶ ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da Pessoa: Dois Paradigmas Opostos ou Complementares na Bioética? *In*: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 90.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 91.

políticas e, principalmente, pelas suas relações íntimas. A autonomia, na esfera da vida privada, afetiva e sexual se concretiza através da liberdade sexual, considerada como a possibilidade de que o indivíduo escolha com quem irá se relacionar¹⁴⁸. Não obstante se trate dessa liberdade no contexto das discussões da liberdade de gênero e da orientação sexual¹⁴⁹, fato é que, se observada de forma ampla, a liberdade sexual não se restringe a essas hipóteses.

Conduzindo a questão para o âmbito das transmissões sexuais do vírus HIV, percebe-se que, *a priori*, o poder de escolha detido por indivíduos sorodiscordantes de se relacionarem seria uma forma concreta de exteriorização da autonomia no campo das suas sexualidades. Poder-se-ia defender que a opção realizada pelo indivíduo estaria associada unicamente à sua vida privada e à sua liberdade sexual, não afetando de qualquer modo a coletividade e, portanto, estando fora do domínio de intervenção do Estado¹⁵⁰. Por outro lado, poder-se-ia utilizar a mesma autonomia para questionar, igualmente, se a escolha do soronegativo dirigida à aceitação de eventual transmissão se trataria de decisão verdadeiramente autônoma ou se seria influenciada demasiadamente por aspectos culturais, sociais e afetivos.

3.2 O HIV ENQUANTO PROCESSO DE VULNERAÇÃO DOS INDIVÍDUOS

O diagnóstico da soropositividade está atrelado não apenas a consequências de natureza física e jurídica, conforme tratadas anteriormente, mas principalmente a aspectos de cunho social e moral. A transmissão da doença impõe aos sujeitos o confronto com um cenário fortemente marcado pelo preconceito, pela segregação e pela ignorância social, acentuando a sua vulnerabilidade e impondo, igualmente, que eventuais medidas adotadas sejam proporcionais e adequadas, de forma a não agravar a dita fragilidade. Trata-se do vírus HIV como um processo de vulneração no presente trabalho, tendo em vista que conduz a uma exacerbação da vulnerabilidade do indivíduo (tanto sob as óticas física e psíquica quanto a moral),

¹⁴⁸ DUARTE, Daniel Nascimento; PAZÓ, Cristina Grobério; PRATA, Carlos Fernando Poltronieri. Transmissão consentida do vírus HIV: análise acerca da responsabilidade penal do agente. **Derecho y Cambio Social**. 2016, n. 44, p. 11. Disponível em: https://www.derechoycambiosocial.com/revista044/TRANSMISSAO_CONSENTIDA_DO_VIRUS_HIV.pdf. Acesso em: 11 dez. 2019.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 12.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 14-16.

deteriorando as suas relações interpessoais e acentuando as lesões aos seus direitos fundamentais.

3.2.1 Vulnerabilidade dos indivíduos soropositivos

A vulnerabilidade, no sentido mais literal da palavra, significa a suscetibilidade para ser ferido¹⁵¹. Nesse sentido, Maria do Céu Patrão Neves defende a vulnerabilidade como condição e como característica¹⁵². A vulnerabilidade como condição decorre da própria finitude da vida, da ideia de mortalidade. Logo, a vulnerabilidade é um atributo inerente a todos os seres – e não apenas aos seres humanos.

Por outro lado, a vulnerabilidade enquanto característica ocorre quando há um agravamento dessa condição, demandando uma maior proteção dos indivíduos, uma vez que eles apresentam especial predisposição a sofrerem danos¹⁵³. A esses indivíduos Miguel Kottow confere o nome de “vulnerados”, sendo que o termo se refere mais comumente às mulheres, crianças e idosos¹⁵⁴. Contudo, os grupos de indivíduos vulnerados não se limitam a esses indivíduos, pois as vulnerabilidades podem decorrer de inúmeras circunstâncias externas (sociais, econômicas, religiosas) e internas, como a existência de deficiências que afetem o discernimento e a capacidade de compreensão do sujeito. A vulnerabilidade decorre de relações sociais, culturais, políticas e econômicas e se estabelece principalmente em situações de desigualdade, seja entre pessoas individualmente consideradas, entre grupos ou mesmo entre países¹⁵⁵.

A vulnerabilidade não deve ser compreendida como uma “etiqueta” a rotular os indivíduos de maneira estática e definitiva. Ao contrário, segundo Florencia Luna, as vulnerabilidades são como “capas”, que podem ser adicionadas, afastadas e se

¹⁵¹ NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. **Revista Brasileira de Bioética**. 2006, vol. 2, n. 2, p. 164. Disponível em: <http://bioetica.catedraunesco.unb.br/wp-content/uploads/2016/09/RBB-2006-2.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

¹⁵² *Ibidem*, loc. cit.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 167.

¹⁵⁴ KOTTOW, Miguel. **Participación informada en clínica e investigación biomédica: Las múltiples facetas de la decisión y el consentimiento informado**. Bogotá: UNESCO. 2007, p. 43. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000161853>. Acesso em: 30 abr. 2019.

¹⁵⁵ GUIMARÃES, Maria Carolina Soares; NOVAES, Sylvia Caiuby Novaes. Autonomia Reduzida e Vulnerabilidade: Liberdade de Decisão, Diferença e Desigualdade. **Revista Bioética**. Brasília, v. 7, n. 1 p. 2. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/288/427. Acesso em: 19 nov. 2016.

sobreporem a depender das mudanças no contexto fático que permeia o indivíduo e as relações que ele integra¹⁵⁶. Uma mulher que faça parte de uma comunidade patriarcal será mais vulnerável se comparada a uma mulher inserida em uma comunidade que preze pela igualdade de gênero, por exemplo¹⁵⁷. Para além, uma mulher negra que esteja inserida em uma sociedade racista estará em situação de maior vulnerabilidade do que uma mulher branca participante desse mesmo meio. Um mesmo sujeito inserido em contextos diversos pode ser mais vulnerável em uma situação do que em outra, assim como indivíduos diferentes inseridos em um mesmo cenário terão suas vulnerabilidades potencializadas de formas diversas.

O reconhecimento das vulnerabilidades traz para a ótica da autonomia a necessidade de que se considere o indivíduo autônomo no contexto das diversas relações que protagoniza com a coletividade¹⁵⁸. Isso porque, embora a vulnerabilidade e a autonomia não sejam conceitos dependentes, eles guardam estreita relação. É dizer, um indivíduo vulnerado não terá necessariamente a autonomia ou o seu exercício afetados, mas pode ser que tal situação ocorra. A autonomia, conforme explicitado, deve considerar o sujeito enquanto membro de uma comunidade, sendo que é no seio dessa mesma comunidade que podem agravar-se as suas vulnerabilidades. Portanto, “o reconhecimento da vulnerabilidade tem uma função metodológica no próprio estabelecimento da autonomia”¹⁵⁹.

Os processos de vulneração podem afetar o exercício da autonomia, conduzindo a decisões que, embora não sejam resultado de coerção ou controle externos, sofrem certo grau de influência em razão de tais circunstâncias – pode ocasionar inclusive as ações não-autônomas tratadas anteriormente. Em uma sociedade como a brasileira, na qual grande parte da população ainda se encontra em situação de extrema carência, seja de recursos financeiros, de acesso à saúde, à educação ou mesmo a oportunidades, tratar da autonomia de forma isolada conduz a uma discussão irreal. A título de exemplo, considerar que indivíduos que não possuem

¹⁵⁶ LUNA, Florencia. **Vulnerabilidad: la metáfora de las capas.** *Jurisprudencia Argentina*, IV, n. 1, 2008, p. 8. Disponível em: [http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Investigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna_F\[1\]._Vulnerabilidad_la_metáfora_de_las_capas.pdf](http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Investigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna_F[1]._Vulnerabilidad_la_metáfora_de_las_capas.pdf). Acesso em: 17 mar. 2017.

¹⁵⁷ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁵⁸ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁵⁹ ANJOS, Márcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. **Revista Brasileira de Bioética**. 2006, vol. 2, n. 2, p. 183. Disponível em: https://rbbioetica.files.wordpress.com/2014/11/rbb2-2_completa.pdf. Acesso em: 03 abr. 2017.

acesso a tratamentos médicos, a medicamentos ou a profissionais preparados tomarão decisões completamente autônomas no que diz respeito a sua saúde não é um pensamento condizente com a realidade social circundante.

Sob a ótica do diagnóstico da soropositividade é evidente, à primeira vista, o fato de que os indivíduos soropositivos estão expostos a uma especial circunstância de vulnerabilidade. O vírus HIV atua sobre o organismo do sujeito reduzindo a sua imunidade, tornando-o mais suscetível à infecção por outras doenças e mesmo causando, a longo prazo, a deterioração do regular funcionamento do organismo e das suas funções vitais. Percebe-se de forma mais latente a vulnerabilidade física decorrente da doença, que conduz a uma verdadeira afetação da integridade física do indivíduo.

Contudo, não é apenas à vulnerabilidade física que os soropositivos estão sujeitos. A vulnerabilidade decorrente do estigma social e do preconceito associado à doença ainda é uma das principais formas de fragilização que vem associada ao diagnóstico – essa vulnerabilidade assume o contorno de vulnerabilidade moral. A vulnerabilidade moral, para além da vulnerabilidade social, não decorre especificamente de aspectos práticos e concretos (como a desigualdade social), mas de elementos abstratos e valorativos de uma comunidade, sejam eles morais, religiosos ou culturais¹⁶⁰. Os indivíduos vulnerados sob a ótica moral são ainda mais segregados, pois, diferentemente dos vulnerados sociais, não constam dos dados oficiais e tampouco são considerados quando da execução das medidas protetivas estatais¹⁶¹.

O preconceito é um importante fator a promover a vulneração dos mais variados grupos sociais por aspectos de gênero, de raça, de classe social, de orientação sexual, entre muitos outros. O estigma torna os indivíduos mais frágeis e mais propensos a sofrerem violações dos seus direitos fundamentais, uma vez que a eles passam a ser negadas oportunidades e tratamento igualitários. Considerando o cenário da soropositividade, a discriminação conduz a um quadro latente de desrespeito a direitos individuais e de limitação da vivência dos indivíduos detentores

¹⁶⁰ CUNHA, Thiago Rocha da; MANNES, Mariel; SANCHES, Mario Antônio. Vulnerabilidade moral: leitura das exclusões no contexto da bioética. **Revista Bioética**. 2018, vol. 28, n. 1, p. 41. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v26n1/1983-8042-bioet-26-01-0039.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 43.

desse diagnóstico¹⁶², afetando os aspectos afetivo, familiar, profissional e mesmo assistencial das suas vidas¹⁶³.

O desconhecimento da sociedade acerca da doença associado à existência de inúmeras crenças que circundam a soropositividade trazem consigo o medo da infecção pela comunidade, acarretando a segregação do indivíduo e o afastamento dos demais sujeitos, na tentativa de refrear uma eventual contaminação. Porém, o principal motivo para a discriminação dos indivíduos HIV positivo decorre de uma moral social fortemente associada a aspectos religiosos e culturais: o “tabu” da sexualidade.

Considerando que a maior parcela das transmissões do vírus ainda decorre das relações sexuais, reconhecer que um indivíduo é portador do vírus HIV significa admitir que o indivíduo se relaciona afetiva e sexualmente com outros, seja casualmente ou não. De acordo com estudo realizado pelo Hospital Universitário de Brasília, a doença é socialmente considerada como um símbolo de “punição” pela conduta desviante e imoral do indivíduo, que adquire a condição de “pecaminoso” e “sujo”, tanto em relação à coletividade quanto a ele próprio¹⁶⁴. O portador do HIV passa a ser visto não mais como ele mesmo, mas como a sua própria doença. Ainda que a transmissão não tenha se operado efetivamente pela via sexual, o sujeito será associado imediatamente a uma conduta indesejável de sexo em demasia, contrariando a moral social que prega o pudor e (ainda) resiste à existência das relações casuais¹⁶⁵.

Vê-se que o preconceito e a ignorância no tocante à doença acabam por ocasionar a segregação dos soropositivos, agravando ainda mais a sua vulnerabilidade. Indivíduos pertencentes a esses grupos são discriminados nas suas relações amorosas, no âmbito das suas experiências e oportunidades profissionais ou mesmo no seio das suas famílias¹⁶⁶. Ademais, não é incomum o tratamento estigmatizante oriundo dos médicos e profissionais da saúde responsáveis pelo

¹⁶² PROGRAMA CONJUNTO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE HIV/AIDS (UNAIDS). *Miles to go: closing gaps breaking barriers righting injustices*. 2018, p. 121-122. Disponível em: http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/miles-to-go_en.pdf. Acesso em: 08 out. 2018.

¹⁶³ BANDEIRA, Lourdes Maria; GARRAFA, Garrafa; GONÇALVES, Erli Helena. Ética e desconstrução do preconceito: doença e poluição no imaginário social sobre o HIV/Aids. *Revista Bioética*. 2011, vol. 19, n. 1, p. 166-168. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/613/630. Acesso em: 11 out. 2019.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 166-169.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 168-170.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 166-168.

cuidado e pela especial proteção desse grupo. De acordo com a UNAIDS, o preconceito provém também do próprio sistema de saúde, que nega tratamento, fornece tratamento de baixa qualidade, viola o dever de sigilo ou mesmo coage o indivíduo a aceitar certos serviços¹⁶⁷. A atitude dos profissionais funda-se, muitas vezes, não em conhecimentos clínicos sobre a doença, mas sim em crenças arraigadas na sociedade¹⁶⁸.

3.2.2 O paternalismo jurídico-penal e a tutela das vulnerabilidades

A partir da análise da palavra “paternalismo” pode-se extrair as primeiras conclusões acerca do tema. Derivado do latim *pater* (“pai”), o paternalismo é comparado ao comportamento de um pai, o qual atua na busca pelo que considera mais benéfico para o seu filho¹⁶⁹. João Paulo Martinelli conceitua o paternalismo como “interferência na liberdade de escolha de uma pessoa, presumidamente incapaz, contra sua vontade, com o objetivo de promover-lhe um bem”¹⁷⁰.

O paternalismo pode ser dirigido a quaisquer pessoas e pode provir de qualquer um, seja da família, do Estado ou mesmo de amigos. Essa hipótese é considerada paternalismo geral e é gênero do qual os paternalismos jurídico e jurídico-penal são espécies. O paternalismo jurídico provem do Estado através da elaboração de normas trabalhistas, civis, administrativas. Por fim, a abrangência mais restrita do instituto refere-se ao paternalismo jurídico-penal, sendo resultado da criação de normas penais pelo Estado, proibindo determinadas condutas e adotando mecanismos de coerção, visando o cumprimento de tais mandamentos pela coletividade¹⁷¹. É em relação a esse último que se debruça o presente trabalho.

¹⁶⁷ PROGRAMA CONJUNTO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE HIV/AIDS (UNAIDS). *Miles to go: closing gaps breaking barriers righting injustices*. 2018, p. 127. Disponível em: http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/miles-to-go_en.pdf. Acesso em: 08 out. 2018.

¹⁶⁸ CARMO, Márcio Penha do; GARBIN, Cléa Adas Saliba; GARBIN, Artênio José Isper; MOIMAZ, Suzely Adas Saliba. Bioética e HIV/Aids: discriminação no atendimento aos portadores. **Revista Bioética**. 2009, v. 17, n. 3, p. 514-516. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/514/515. Acesso em: 15 out. 2018.

¹⁶⁹ MARTINELLI, João Paulo. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. David Teixeira de Azevedo, p. 97. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/pt-br.php>. Acesso em: 15 maio 2019.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 100.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 99.

Para João Paulo Martinelli, são quatro os requisitos para que se possa considerar uma atuação paternalista, a saber:

(a) um comportamento, positivo ou negativo, no sentido de informar ou obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo; (b) falta de confiança de quem age em relação à capacidade de alguém; (c) segurança suficiente sobre aquilo que se entende ser melhor a alguém; (d) contrariedade à vontade de alguém; (e) objetivo, final ou não, de promover um bem ou evitar um mal¹⁷².

Percebe-se que o paternalismo atua como verdadeiro mecanismo de redução da autonomia individual, pois, para aquele que atua na posição de *pater* (nesse caso especificamente o Estado) a busca pela proteção do indivíduo é mais relevante do que a sua liberdade de escolha¹⁷³. É indiferente a vontade do indivíduo de se submeter a determinado regramento ou mesmo a sua consciência e aceitação no tocante à ocorrência de riscos ou danos¹⁷⁴.

Algumas são as classificações doutrinárias do paternalismo¹⁷⁵, mas pretende-se dar destaque a duas delas. Inicialmente, a doutrina faz a diferenciação entre paternalismo puro (ou direto) e paternalismo impuro (ou indireto). No primeiro caso, a interferência estatal sobre a autonomia incide especificamente sobre o indivíduo que se deseja proteger, a exemplo do que ocorre na norma que determina a utilização de cinto de segurança no trânsito. Por outro lado, no paternalismo impuro o beneficiário da norma é indivíduo diverso daquele sobre quem recai a proibição ou obrigação, como ocorreria no caso de eventual lei que viesse a criminalizar o consumo de cigarros – a proibição recairia sobre os fumantes com o objetivo de proteger a saúde dos não fumantes¹⁷⁶.

Para muitos autores, a exemplo de Schünemann¹⁷⁷, o paternalismo indireto não seria sequer uma forma de paternalismo, considerando que o seu objetivo é a manutenção da convivência social. No mesmo sentido, reconhece John Stuart Mill que

¹⁷² MARTINELLI, João Paulo. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. David Teixeira de Azevedo, p. 100. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/pt-br.php>. Acesso em: 15 maio 2019.

¹⁷³ SUBER, Peter *apud* BARRETO NETO, Heráclito Mota. Paternalismo Jurídico-Penal, Autonomia e Vulnerabilidade: Critérios de Legitimação de Intervenções Paternalistas sobre a Autonomia Individual em Matéria Penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**. 2015, vol. 1, n. 2, jul./dez., p. 118. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/36/pdf>. Acesso em: 17 maio 2019.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 119.

¹⁷⁵ MARTINELLI, João Paulo. *Op. cit.*, 2010, p. 115-120.

¹⁷⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁷⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? *In*: GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 91.

as condutas individuais que prejudiquem interesses de terceiros devem ser evitadas e estarão, conseqüentemente, na alçada de competência estatal¹⁷⁸. Ao contrário, se a conduta não afetar ninguém a não ser o próprio indivíduo titular do bem, não poderá o Estado intervir.

Ressalte-se que a maioria das normas paternalistas do direito penal estão inseridas na modalidade impura¹⁷⁹, do que se pode extrair inclusive um posicionamento favorável ao que sustentam os autores citados. Em verdade, considerando a função do direito penal quanto à tutela de bens jurídicos e quanto à manutenção da vivência humana em sociedade¹⁸⁰, incidindo especialmente sobre hipóteses de lesões ou perigo de lesões a direitos alheios, poder-se-ia chegar à conclusão de que o paternalismo indireto caracterizaria, em verdade, um dos próprios objetivos do direito penal.

Há ainda a classificação do paternalismo moderado (*soft*) e rígido (*hard*), que considera qualidades do beneficiário. O paternalismo moderado incide sobre aqueles indivíduos que não são capazes de agir de forma voluntária e consciente, ou seja, indivíduos que possuem a sua autonomia de alguma maneira limitada ou mesmo indivíduos vulnerados. Esse é o fundamento da especial proteção que o ordenamento brasileiro confere, por exemplo, a crianças, idosos e pessoas com deficiência, tendo sido criadas leis e regras específicas para a tutela desses grupos¹⁸¹. Por outro lado, o paternalismo rígido recai sobre indivíduos que possuem aptidão para discernir e para agir de forma autônoma, mas que, ao fazê-lo, poderão trazer prejuízos para si, como ocorre nos casos dos bens considerados indisponíveis e em hipóteses de autolesão e heterolesão consentida¹⁸².

Visando a questionar a legitimidade e a adequação do paternalismo, surgiu a doutrina antipaternalista. Os autores, embora apresentem justificativas diversas para a elaboração das críticas, têm como ponto comum o argumento de que o paternalismo viola indevidamente a autonomia do indivíduo e a sua possibilidade de escolher o que

¹⁷⁸ MILL, John Stuart. **On Liberty**. Canada: *Batoche Books Limited*, 2001, p. 69-70. Disponível em: <https://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Mill,%20On%20Liberty.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2020.

¹⁷⁹ MARTINELLI, João Paulo. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. David Teixeira de Azevedo, p. 117. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/pt-br.php>. Acesso em: 15 maio 2019.

¹⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003, p. 25-26.

¹⁸¹ MARTINELLI, João Paulo. *Op. cit.*, 2010, p. 115.

¹⁸² *Ibidem*, p. 115-116.

entende ser melhor para si, ainda que dessa decisão surjam posteriormente danos para os seus direitos fundamentais¹⁸³. O indivíduo não mais seria tratado como fim em si mesmo, mas sim como instrumento de manifestação da vontade estatal.

Contudo, parece prevalecer o entendimento de que certas situações justificariam a interferência na autonomia dos indivíduos, especialmente quando se estiver diante de sujeitos vulnerados ou que não possuem a necessária capacidade de compreensão da sua conduta e dos riscos decorrentes¹⁸⁴. O paternalismo moderado seria, *a priori*, justificável, atuando como verdadeiro mecanismo de proteção das vulnerabilidades.

Joel Feinberg, um dos principais nomes na referida doutrina, defende que o paternalismo moderado é legítimo, uma vez que se busca proteger, em última análise, a autonomia de um indivíduo que não pode protegê-la sozinho¹⁸⁵. Ao contrário, o paternalismo rígido não poderia ser admitido, já que o indivíduo não promove uma ofensa ou uma lesão a outrem. Uma atuação estatal nessa hipótese seria uma ingerência excessiva sobre a autonomia individual¹⁸⁶. No mesmo sentido, para John Stuart Mill, os argumentos antipaternalistas têm como destinatários apenas aqueles sujeitos que possuem a “maturidade das suas faculdades”, não incidindo em relação àqueles grupos que dependem de terceiros, como as crianças. Logo, o autor também entende que as atitudes paternalistas moderadas seriam aplicáveis¹⁸⁷.

Por outro lado, posicionamento diverso apresenta Bernd Schünemann. Para o autor, não será justificado o paternalismo jurídico-penal em nenhuma das duas modalidades, seja na moderada ou na rígida¹⁸⁸. É dizer, a proteção dos indivíduos vulnerados justificaria a adoção de outras formas paternalistas, mas não a criminal. A

¹⁸³ RAMOS, Emília María Santana. *El paternalismo a debate*. **Revista de Direito da Cidade**. 2016, vol. 8, n. 3, p. 901. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/22338/17878>. Acesso em: 18 abr. 2020.

¹⁸⁴ ALEMANY, Macario. *El concepto y la justificación del paternalismo*. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. 2005, vol. 28, p. 266. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10012>. Acesso em: 18 abr. 2020.

¹⁸⁵ BARRETO NETO, Heráclito Mota. Paternalismo Jurídico-Penal, Autonomia e Vulnerabilidade: Critérios de Legitimação de Intervenções Paternalistas sobre a Autonomia Individual em Matéria Penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**. 2015, vol. 1, n. 2, jul./dez., p. 126. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/36/pdf>. Acesso em: 17 maio 2019.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 125-126.

¹⁸⁷ MILL, John Stuart. *On Liberty*. Canada: *Batoche Books Limited*, 2001, p. 14. Disponível em: <https://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Mill,%20On%20Liberty.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2020.

¹⁸⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? In: GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 108.

única hipótese de paternalismo jurídico-penal aceito por Schünemann seria o paternalismo indireto, pois entende que não seria sequer hipótese de paternalismo propriamente dita, conforme exposto anteriormente, uma vez que a intervenção estatal visa justificadamente a proteção de terceiros que possam ser prejudicados com a conduta do indivíduo¹⁸⁹.

A doutrina antipaternalista está intimamente relacionada ao pensamento neoliberal adotado por grande número de países mundo afora. A construção da autonomia enquanto valor quase prevalente e a concepção de livre mercado parecem afastar a possibilidade de aplicação e aceitação de situações paternalistas, não permitindo hipóteses nas quais a limitação da autonomia seria considerada legítima¹⁹⁰. Corroborar tal cenário o fato de que o termo “paternalismo” adquiriu um significado pejorativo ao longo dos anos, quando, em verdade, o termo é neutro em si mesmo. O paternalismo não traz consigo qualquer significado de característica negativa, mas apenas de característica¹⁹¹.

De fato, o problema não é o paternalismo em si, mas sim a ideia de dominação que vêm atrelada a ele¹⁹². O antipaternalismo, por si só, não é capaz de esgotar a questão da restrição da autonomia, já que o paternalismo é apenas uma das formas de dominação e de imposição de preferências possível. A vulnerabilidade decorre de relações de dominações econômicas, políticas ou sociais – e não apenas governamentais¹⁹³. Logo, a crítica antipaternalista não esgota o problema levantado, pois o estabelecimento de preferências é intrínseco à natureza social humana. Uma verdadeira doutrina antipaternalista deve buscar formas de garantir o respeito à autonomia em uma perspectiva ampla, reduzindo as vulnerabilidades e possibilitando

¹⁸⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? In: GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 91.

¹⁹⁰ ALEMANY, Macario. *El concepto y la justificación del paternalismo*. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. 2005, vol. 28, p. 266. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10012>. Acesso em: 18 abr. 2020.

¹⁹¹ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁹² MIGUEL, Luis Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. **Opinião Pública**. 2015, vol. 21, n. 3, p. 619-620. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8642209/9689>. Acesso em: 15 abr. 2020.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 619.

o exercício das decisões autônomas pelos indivíduos, independentemente de haver intervenção estatal ou não¹⁹⁴.

O paternalismo agrega à discussão o elemento vulnerabilidade, o que pode ser considerado um dos seus principais méritos. A teoria visa questionar os eventuais limites da autonomia através da aceitação de que esse poder de autodeterminação não será absoluto. Busca-se analisar outras questões que não apenas a autonomia e a dignidade da pessoa humana, demonstrando que a existência de certos desequilíbrios e vulnerabilidades sociais demandarão, inevitavelmente, uma atuação estatal ativa e protetiva em muitas hipóteses¹⁹⁵.

3.3 A SAÚDE PÚBLICA E O HIV

A transmissão do HIV não se limita a uma análise de natureza individual relativa à autonomia. Embora os bens jurídicos imediatamente lesionados estejam atrelados à esfera da personalidade dos sujeitos envolvidos, os seus efeitos não se restringem ao âmbito dos direitos individuais, afetando ainda direito titularizado pela coletividade – a saúde pública. Dessa forma, a análise acerca da transmissão do vírus deve, necessariamente, perpassar por um juízo de valor entre ambas as esferas.

3.3.1 O direito penal e a expansão da tutela dos bens jurídicos nas “sociedades de risco”

O bem jurídico é o fundamento de legitimidade para a aplicação do direito penal, garantindo a sua “base empírica”¹⁹⁶. Uma norma penal que não possua vinculação com a realidade circundante é uma norma essencialmente injusta sob a ótica ético-social¹⁹⁷. Nesse sentido, a doutrina trata acerca da característica da fragmentariedade do direito penal, sendo entendida como a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. O caráter fragmentário implica, portanto,

¹⁹⁴ MIGUEL, Luis Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. **Opinião Pública**. 2015, vol. 21, n. 3, p. 618. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8642209/9689>. Acesso em: 15 abr. 2020.

¹⁹⁵ BRAZZALE, Flávia Balduino; PEREIRA, Ana Lucia Pretto. Paternalismo estatal, autonomia e Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Pensar**. 2017, vol. 22, n. 1, p. 9. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5294/pdf>. Acesso em: 21 abr. 2020.

¹⁹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003, p. 21.

¹⁹⁷ *Ibidem*, loc. cit.

o fato de que o direito penal não será aplicado para a tutela de todo e qualquer interesse, mas apenas à parcela deles¹⁹⁸.

A noção de bem jurídico não encontra um conceito uníssono ou pacífico por parte da doutrina¹⁹⁹. Para uma corrente doutrinária, por exemplo, o bem jurídico seria fruto da atividade legislativa e, conseqüentemente, da supremacia do Estado – se manifestaria primeiramente em um plano abstrato para apenas após ser observado na esfera social²⁰⁰. Para a teoria sociológica, ao contrário, seria aquele valor extraído do contexto social e posteriormente reconhecido em âmbito jurídico. Logo, o reconhecimento de um bem jurídico dependeria da existência de um bem social que o precedesse²⁰¹.

Para a teoria constitucional, acolhida na doutrina italiana²⁰² e defendida no Brasil por número crescente de autores, como Luiz Regis Prado, apenas pode ser considerado bem jurídico aquele interesse que encontre fundamento de proteção na Constituição, extraído-se a sua relevância da própria realidade circundante²⁰³. Seria, portanto, o valor colhido do contexto empírico considerado como essencial para a convivência social e humana e, portanto, digno de proteção constitucional e legal²⁰⁴. Para que o bem seja alçado à posição de bem jurídico e, posteriormente, de bem jurídico-penal, é necessário que a sua relevância seja previamente constatada no mundo dos fatos, para que apenas após possa ser reconhecida pelo direito²⁰⁵.

Nesse sentido se posiciona a teoria do bem jurídico, que defende a limitação do *jus puniendi* estatal através da vinculação à proteção de bens jurídicos²⁰⁶. Porém, a teoria sofre inúmeras críticas por parte de autores que a entendem como insuficiente para a obtenção da efetiva limitação do poder punitivo estatal. O fundamento para os questionamentos é o da alta abstração do conceito, passível de

¹⁹⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editora Civitas, 1997, p. 65.

¹⁹⁹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

²⁰⁰ BOZZA, Fábio da Silva. **Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal**. 2014, p. 135. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba. Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/35862>. Acesso em: 27 abr. 2020.

²⁰¹ *Ibidem*, loc. cit.

²⁰² PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, 2003, p. 62.

²⁰³ BOZZA, Fábio da Silva. *Op. cit.*, 2014, p. 175.

²⁰⁴ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, 2003, p. 52-53.

²⁰⁵ GIULIANI, Emília Merlini. A função crítica do bem jurídico supraindividual frente à intervenção penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. 2014, vol. 6, n. 11, jul./dez., p. 107. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/31/29>. Acesso em: 23 abr. 2020.

²⁰⁶ BOZZA, Fábio da Silva. *Op. cit.*, 2014, p. 125.

conduzir a um cenário em que quaisquer interesses poderiam ser por ele abarcados, tendo em vista que decorrem de uma atividade predominantemente valorativa²⁰⁷.

Em verdade, a vinculação do poder punitivo estatal à tutela de bens jurídicos garante que a intervenção pelo direito penal ocorra quando se fizer realmente necessária. Serão consideradas ilegítimas, portanto, intervenções que recaiam sobre meras imoralidades²⁰⁸, que sirvam à proteção de meras ideologias ou que demandem do indivíduo uma conduta insensata mediante a aplicação de penas arbitrárias²⁰⁹.

Não obstante a grande amplitude da teoria do bem jurídico, não há que se falar em uma liberdade absoluta por parte do legislador quando da seleção dos bens jurídicos-penais. Inserido em um contexto de um Estado de Direito democrático e social, os limites e as referências valorativas para o reconhecimento dos bens jurídicos dignos de tutela penal devem provir sempre da Constituição e da realidade circundante, considerando que desta são extraídos os valores mais relevantes para a sociedade²¹⁰. Ainda, é a existência de certa abstração na teoria que possibilita a adaptação do conceito, garantindo que sejam incluídos novos valores eventualmente surgidos em razão da evolução social²¹¹. Um direito penal pautado em um conceito extremamente rígido e fixo conduziria a uma atuação estatal engessada e desvinculada de valores éticos e sociais externos.

A referida teoria reconhece a existência de bens jurídicos individuais e coletivos, embora haja divergência doutrinária no tocante à proteção desses bens. Defendem os adeptos da teoria monista que a tutela dos bens supraindividuais só poderá ocorrer quando for possível observar que a ofensa à coletividade afeta simultaneamente um bem de natureza individual²¹². Confere maior relevância aos bens jurídicos individuais, permanecendo os bens supraindividuais como espécie secundária e acessória.

²⁰⁷ BOZZA, Fábio da Silva. **Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal**. 2014, p. 134-135. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba. Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/35862>. Acesso em: 27 abr. 2020.

²⁰⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editora Civitas, 1997, p. 56-57.

²⁰⁹ *Ibidem*, loc. cit.

²¹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 90-91.

²¹¹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 57-58.

²¹² GIULIANI, Emília Merlini. A função crítica do bem jurídico supraindividual frente à intervenção penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. 2014, vol. 6, n. 11, jul./dez., p. 113-114. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/31/29>. Acesso em: 23 abr. 2020.

Ao contrário, os adeptos da teoria dualista aceitam os bens supraindividuais como autônomos, sem estabelecer uma relação de hierarquia entre o individual e o coletivo²¹³. A tutela dos bens supraindividuais é necessária não como mecanismo de proteção indireto dos bens individuais, mas como forma de proteção dos próprios bens coletivos, considerando a sua indispensabilidade para a vida em sociedade²¹⁴. À parte da referida divergência, fato é que os bens jurídicos de titularidade coletiva são uma realidade contemporânea, sendo o seu reconhecimento uma consequência da evolução e do desenvolvimento social e humano.

O processo de industrialização e de modernização global fez surgir o “paradigma da sociedade de risco”²¹⁵. Na busca por maior força produtiva, por novas tecnologias, por instrumentos mais eficientes para produção de riquezas e por maior desenvolvimento científico, foram desencadeados riscos de potencial e de limites desconhecidos²¹⁶. Os riscos surgem, dessa forma, como efeitos inesperados do progresso científico e cultural e, simultaneamente, passam a comprometer as conquistas e evoluções que legitimaram a sua produção.²¹⁷ Nas palavras de Ulrich Beck, “o processo de modernização torna-se ‘reflexivo’, convertendo-se a si mesmo em tema e problema”²¹⁸.

Os riscos são inerentes à vivência humana, de forma que não são um diferencial da modernidade²¹⁹. Contudo, as situações de perigo oriundas desse processo de desenvolvimento possuem características diversas dos riscos até então experimentados pela sociedade. Os novos riscos concretizam efeitos essencialmente globais, diferentemente daqueles meramente pessoais experienciados até então. Ou seja, independentemente de quais sejam os indivíduos ou os grupos responsáveis pela produção do risco, ele se materializará de forma geral, abarcando mesmo aqueles que adotem condutas que visem evitá-lo. Nenhuma classe ou grupo social se

²¹³ GIULIANI, Emília Merlini. A função crítica do bem jurídico supraindividual frente à intervenção penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. 2014, vol. 6, n. 11, jul./dez., p. 114. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/31/29>. Acesso em: 23 abr. 2020.

²¹⁴ *Ibidem*, loc. cit.

²¹⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 24.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 23.

²¹⁷ SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Liberdades**. 2010, set./dez., n. 5, p. 90. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=64. Acesso em: 22 abr. 2020.

²¹⁸ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2010, p. 24.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 25.

encontra imune à sua realização e, eventualmente, mesmo aqueles responsáveis pela sua criação estarão sujeitos a ele. A isso dá-se o nome de “efeito bumerangue”²²⁰.

Ainda, tais ameaças nem sempre serão perceptíveis através dos sentidos, como ocorre com as ameaças nucleares ou com as epidemias, por exemplo. São, portanto, “invisíveis” e a sua existência depende diretamente do conhecimento que se tenha delas²²¹. Para além disso, as novas situações de perigo são resultado de uma superprodução industrial, ao contrário das anteriores, que decorriam de uma subprodução industrial²²². Atualmente fala-se, por exemplo, em riscos para a saúde do ser humano e do meio ambiente, e não apenas nos relativos à fome ou à pobreza.

Vive-se, portanto, em uma sociedade complexa e de enorme articulação entre as esferas individuais, considerando que quando as condutas e as atividades são realizadas não se sabe ao certo quais serão os efeitos decorrentes posteriormente. Há um claro problema, portanto, de causa-efeito dos referidos riscos²²³. Além disso, são incertas também as consequências que as ações individuais podem produzir sob a ótica coletiva a longo prazo²²⁴. Exemplos das situações de perigo que se inserem no contexto pós-industrial são aquelas relacionadas às atividades nucleares, ao implemento de novas tecnologias e técnicas, bem como as questões decorrentes da degradação ambiental²²⁵.

O perfil da sociedade moderna e a materialização de novos riscos fez surgir a necessidade de tutela de bens jurídicos não protegidos até então, em decorrência das incertezas quanto à sua possível violação²²⁶. Impôs-se a ampliação da salvaguarda dos bens jurídicos, de modo a abarcar “direitos que transcendem à esfera individual, e se projetam em grupos ou na sociedade globalmente considerada”²²⁷. Assim, tornou-se premente o reconhecimento dos bens jurídicos supraindividuais e a evolução do modelo liberal de tutela preponderante de bens individuais.

²²⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 27.

²²¹ *Ibidem*, loc. cit.

²²² *Ibidem*, p. 26.

²²³ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

²²⁴ *Ibidem*, loc. cit.

²²⁵ ARAGÃO, Jéssika Chaves de Oliveira. As possíveis formas de tutela dos bens jurídicos supraindividuais decorrentes da sociedade do risco. **Revista da EJUSE**. 2015, n. 23, p. 274.

²²⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 106.

²²⁷ *Ibidem*, loc. cit.

Os bens supraindividuais implicam a aceitação de que muitos riscos afetam a coletividade como um todo, e não apenas o ser humano individualmente considerado. Ao contrário do que ocorre com os bens individuais, que são titularizados por indivíduos determinados, os supraindividuais são titularizados pela coletividade, o que significa que surgem no seio das relações e das interações sociais²²⁸. Portanto, o gozo do direito por um indivíduo não afeta o seu valor e tampouco impedirá que outros sujeitos dele desfrutem²²⁹.

Procurando obter uma maior adequação do direito penal às novas situações de perigo originadas com os processos de modernização da sociedade, especialmente no tocante à tutela dos bens jurídicos supraindividuais, começou-se a questionar, em âmbito doutrinário, a suficiência do ordenamento jurídico-penal clássico. Nesse contexto insere-se a parcela doutrinária considerada expansionista, que busca questionar os ideais liberais adotados tradicionalmente pelo direito penal, promovendo uma verdadeira ampliação dos seus objetos de tutela²³⁰.

Um dos maiores expoentes da teoria é Jesús-María Silva Sánchez, tendo em vista a sua construção sobre o “direito penal de duas velocidades”. Para o autor, a solução para o conflito entre o direito penal clássico liberal e os paradigmas atuais reside na determinação de um “ponto médio”²³¹ entre eles. Defende que o direito penal de primeira velocidade seria aquele atrelado aos ideais garantistas clássicos, no qual aplica-se a pena privativa de liberdade face à lesão de bens individuais²³². A segunda velocidade abarcaria as lesões e os riscos modernos atrelados ao âmbito coletivo, para as quais não seriam aplicadas penas tão gravosas²³³, mas penas restritivas de direitos e penas pecuniárias²³⁴.

²²⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 107.

²²⁹ HEFENDEHL, Roland *apud* GIULIANI, Emília Merlini. A função crítica do bem jurídico supraindividual frente à intervenção penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. 2014, vol. 6, n. 11, jul./dez., p. 113. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/31/29>. Acesso em: 23 abr. 2020.

²³⁰ DINIZ NETO, Eduardo. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. **Revista de Direito Público**. 2010, vol. 5, n. 2, p. 209-211. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/7385>. Acesso em: 28 abr. 2020.

²³¹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 145.

²³² *Ibidem*, p. 146-147.

²³³ *Ibidem*, p. 147.

²³⁴ ARAGÃO, Jéssika Chaves de Oliveira. As possíveis formas de tutela dos bens jurídicos supraindividuais decorrentes da sociedade do risco. **Revista da EJUSE**. 2015, n. 23, p. 279.

Os autores contrários ao expansionismo entendem que a tendência de abarcar sob a tutela penal bens jurídicos de natureza tão ampla e abstrata conduz a uma verdadeira descaracterização do direito penal, afastando-o dos seus princípios específicos, como a fragmentariedade, a subsidiariedade e a lesividade²³⁵. Esse é o pensamento de Hassemer, por exemplo, ao defender que os bens supraindividuais e os riscos oriundos da “sociedade de riscos” não deveriam ser tutelados pelo direito penal, mas sim por um novo ramo jurídico – o “direito de intervenção”²³⁶.

Considerando o cenário do surgimento dos novos riscos advindos da modernidade, o direito penal passou a incorporar a tutela das normas formas de perigo através de uma nova categoria de crimes: os crimes de perigo²³⁷. Sob a ótica da consumação, os crimes dividem-se em crimes de perigo e crimes de dano, sendo estes últimos aqueles cuja consumação depende da efetiva ocorrência de lesão ao bem jurídico tutelado. Os crimes de perigo, por outro lado, perfazem-se com a mera exposição do bem a risco de violação. Se houver a necessidade de que o risco seja comprovado, estar-se-á diante de tipo de perigo concreto. Por outro lado, se o risco for presumido, ou seja, analisado a partir de uma ótica *ex ante*, tratar-se-á de tipo de perigo abstrato²³⁸.

A tutela dos bens jurídicos supraindividuais tem ocorrido predominantemente através da criação dos tipos entendidos por crimes de perigo abstrato²³⁹. A opção pela adoção da referida categoria se fundamenta na dificuldade de determinação quanto à produção do risco, tendo em vista que o perigo incide sobre uma certa coletividade²⁴⁰. Nesse cenário se insere a proteção da saúde pública, bem como os tipos incidentes sobre as hipóteses de violações a esse bem²⁴¹.

²³⁵ SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Liberdades**. 2010, set./dez., n. 5, p. 108. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=64. Acesso em: 22 abr. 2020.

²³⁶ *Ibidem*, p. 111.

²³⁷ GIACOMO, Roberta Catarina; MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco. **Revista Liberdades**. 2009, n. 2, set./dez., p. 48. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=17. Acesso em: 04 jun. 2020.

²³⁸ GRECO, Luís. Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou: algumas dúvidas diante de tantas certezas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 2004, n. 49, p. 107.

²³⁹ GIACOMO, Roberta Catarina; MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Op. cit.*, 2009, p. 48-49.

²⁴⁰ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Crimes contra a saúde pública. *In*: ARANHA, Márcio Iório (Org.). **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, v. 1, p. 108. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitarioVol1.pdf. Acesso em: 04 jun. 2020.

²⁴¹ *Ibidem*, *loc. cit.*

Em razão da antecipação da tutela penal promovida com a adoção dos tipos de perigo – especialmente no perigo abstrato, em que o risco é presumido – parcela doutrinária vêm sustentando a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, por entenderem que conduzem a um desvirtuamento do direito penal e do princípio da lesividade. O princípio da lesividade corresponde à exigência de que o direito penal se ocupe das lesões ou de perigos concretos de lesões contra os bens jurídicos tutelados²⁴².

Afora discussões mais aprofundadas acerca do tema, a solução para a controvérsia não parece simples. Tendo em vista o surgimento de novos riscos e da necessidade de tutela de bens jurídicos transcendentais aos bens de cunho estritamente liberal, vê-se que a atuação do direito penal, conforme exposto anteriormente, deve considerar as especificidades dos direitos modernamente reconhecidos, bem como as questões relacionadas à indeterminação dos riscos e dos sujeitos passivos. Para tanto, é necessária uma análise acerca dos bens jurídicos coletivos, na tentativa de criar critérios aptos a definir a sua legitimidade, não sendo adequada a mera rejeição absoluta dos tipos de perigo abstrato²⁴³.

Em verdade, o direito penal clássico, pautado em uma teoria predominantemente individualista dos bens jurídicos, não se mostra mais adequado e suficiente para tutelar os riscos e interesses apontados. O reconhecimento dos bens jurídicos supraindividuais impele o direito penal a evoluir no mesmo sentido, tendo como finalidade não apenas a proteção de bens individuais, mas também de bens coletivos. Contudo, tampouco se mostra legítima a expansão desmedida desse direito, que pode conduzir, *a contrario sensu*, a um direito penal simbólico, que se propõe a atuar como mera forma de resposta aos anseios e conflitos sociais, sem operar uma efetiva modificação no cenário da criminalidade²⁴⁴.

O direito penal simbólico produz, a longo prazo, uma séria crise de legitimidade no próprio ordenamento, comprometendo a eficácia das normas penais

²⁴² CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Crimes contra a saúde pública. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, v. 1, p. 108. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitarioVol1.pdf. Acesso em: 04 jun. 2020.

²⁴³ GRECO, Luís. Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou: algumas dúvidas diante de tantas certezas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 2004, n. 49, p. 141.

²⁴⁴ MELIÁ, Manuel Cancio. *De nuevo: ¿"derecho" penal del enemigo?* In: STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 20. Disponível em: <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/51/44>. Acesso em: 12 maio 2020.

e reduzindo a confiança da sociedade nessa forma de intervenção²⁴⁵. Porém, fato é que o receio de um direito penal simbólico não pode conduzir tampouco a um direito penal alheio aos conflitos e riscos da sociedade na qual se insere.

3.3.2 A legitimidade do bem jurídico saúde pública

Tendo em vista a grande relevância conferida à autonomia, o aparente conflito entre o coletivo e o individual opera efeitos nos mais variados ramos do direito. Em relação aos bens jurídicos, por exemplo, muitos autores questionam a existência de um bem jurídico saúde pública, entendendo como legítima apenas a proteção da saúde individual e desvalorizando a análise da coletividade no tocante ao tema. Há a tendência de se defender que as decisões relativas à saúde dizem respeito exclusivamente ao sujeito, impactando apenas a sua esfera individual e sendo, conseqüentemente, de responsabilidade unicamente sua²⁴⁶. As influências individualistas ainda prevalentes na sociedade atual dificultam a análise da saúde em um espectro coletivo, sob uma ótica de solidariedade²⁴⁷.

A saúde pública não possui um conceito único e universal, variando de acordo com os valores e a cultura de cada país. Isso se revela através da incerteza existente na doutrina quanto ao conteúdo do referido bem jurídico, especialmente tendo em vista que muitos autores buscam conceituá-lo através da aplicação analógica da noção de saúde individual. Em verdade, a saúde pública se refere a “medidas coletivas de prevenção” destinadas a comunidades e a grupos sociais, considerando os contextos socioeconômicos nos quais se inserem, além das ferramentas protetivas disponibilizadas pelo Estado para a sua proteção²⁴⁸. Pode-se dizer que tem como objeto “o processo saúde-doença da coletividade, observado em

²⁴⁵ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 266.

²⁴⁶ DALLARI, Sueli Gandolfi. A Bioética e a Saúde Pública. *In*: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Orgs.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 210.

²⁴⁷ FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. Bioética e saúde pública: entre o individual e o coletivo. *In*: FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (Orgs.). **Bioética e saúde pública**. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 16.

²⁴⁸ KOTTOW, Miguel; SCHRAMM, Fermin Roland. *Principios bioéticos en salud pública: limitaciones y propuestas*. **Cadernos de Saúde Pública**. 2001, jul./ago., vol. 17, n. 4, p. 950-951. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2001000400029&script=sci_abstract&tlng=es. Acesso em: 30 abr. 2020.

suas dimensões biológica, psíquica e sociocultural”²⁴⁹. Logo, o seu objeto não se confunde com o conteúdo da saúde individual – na maioria das vezes a análise daquela sequer perpassará por aspectos individuais. Portanto, o tratamento das saúdes pública e individual como sinônimos e a tentativa de aplicação dos mesmos princípios para ambas não é adequado.

Ao contrário do que defende parcela doutrinária, a exemplo de Schünemann²⁵⁰, Roxin²⁵¹ e Luís Greco²⁵², a saúde pública não é a mera reunião das saúdes individuais. O bem jurídico em questão parte de uma ótica coletiva e social, considerando a diversidade de circunstâncias capazes de impactar a saúde da coletividade, tendo em vista os seus contextos biológicos, culturais, sociais, econômicos²⁵³.

As variáveis que impactam o bem-estar da coletividade se operam em um nível macrosocial e muitas vezes não encontram correspondência em âmbito individual²⁵⁴. O contrário também é verdade, o que significa que as variáveis aptas a afetar a saúde individual nem sempre serão relevantes para a saúde coletivamente considerada²⁵⁵. A análise da saúde pública impõe, portanto, o exame das medidas que viabilizam o bem-estar da coletividade como um todo, e não apenas de um indivíduo. Sendo assim, a saúde pública parte de uma “postura ecológica”, considerando que o conceito depende de um exame integrado das variáveis externas²⁵⁶.

²⁴⁹ FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. Bioética e saúde pública: entre o individual e o coletivo. In: FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (Orgs.). **Bioética e saúde pública**. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 14.

²⁵⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? In: GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 102.

²⁵¹ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41.

²⁵² GRECO, Luís. Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou: algumas dúvidas diante de tantas certezas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 2004, n. 49, p. 111.

²⁵³ KOTTOW, Miguel; SCHRAMM, Fermin Roland. *Principios bioéticos en salud pública: limitaciones y propuestas*. **Cadernos de Saúde Pública**. 2001, jul./ago., vol. 17, n. 4, p. 951. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2001000400029&script=sci_abstract&tlng=es.

Acesso em: 30 abr. 2020.

²⁵⁴ CASTIEL, Luis David; SCHRAMM, Fermin Roland. Processo Saúde/Doença e Complexidade em Epidemiologia. **Cadernos de Saúde Pública**. 1992, out./dez., vol. 8, n. 4, p. 382-383. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1992000400004. Acesso em: 30 abr. 2020.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 383.

²⁵⁶ DALLARI, Sueli Gandolfi. A Bioética e a Saúde Pública. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Orgs.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 210.

Nesse sentido insere-se, por exemplo, a vulnerabilidade moral tratada anteriormente. Viu-se que a vulnerabilidade moral ocorre quando questões culturais, sociais e religiosas passam a interferir na forma como o indivíduo é visto e tratado pela comunidade, agravando as suas fragilidades e conduzindo a um processo de violação dos seus direitos fundamentais. Embora seja constatável sob a ótica individual, é quando observada a partir de uma ótica coletiva que a vulnerabilidade moral realmente se torna mais grave, impondo restrições a variados grupos sociais. Especialmente quando se trata da saúde pública, a vulnerabilidade moral conduz a um cenário de negação de acesso à serviços adequados de saúde, de acompanhamento e de tratamento a grupos sociais como um todo, evidenciando a necessidade de um tratamento mais cuidadoso e específico de tais sujeitos.

A nova realidade social impõe o reconhecimento de direitos e bens jurídicos que vão além do indivíduo isolado, o que se expressa especialmente em relação às questões atinentes à saúde pública. Não obstante a legitimidade do referido bem jurídico seja fortemente questionada por parcela doutrinária, em certas situações (a exemplo das epidemias) a sociedade se torna mais consciente acerca da indispensabilidade do bem coletivo para a convivência e sobrevivência humana.

Esse cenário pode ser corroborado através da análise de uma das mais graves crises de saúde pública ocasionadas por vírus: a pandemia do vírus SARS-CoV-2. O coronavírus em questão (ou COVID-19, como passou a ser chamado) é uma das sete espécies de coronavírus já identificadas. Os coronavírus em geral representam a segunda principal causa de resfriados comuns, provocando síndromes respiratórias das mais variadas formas nos seres humanos. O COVID-19 se transmite principalmente através do contato com gotículas respiratórias, expelidas por pessoas infectadas através de tosses ou espirros. Embora comuns, raramente as espécies de coronavírus ocasionavam doenças mais graves nos humanos²⁵⁷.

O COVID-19 teve seus primeiros casos registrados no final do ano de 2019. Menos de um mês após, o surto do vírus já havia sido declarado como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) pela Organização Mundial da Saúde, sendo considerada o mais alto nível de alerta. Três meses depois, o COVID-

²⁵⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 01 maio 2020.

19 foi enquadrado pela organização como uma pandemia – a primeira pandemia na história causada por um coronavírus²⁵⁸. Ressalte-se que o termo “pandemia” não se relaciona necessariamente à quantidade de casos, mas a ocorrência dos casos em pelo menos três continentes ao mesmo tempo. Traduzida em números, essa informação significa que foram milhões de casos confirmados de COVID-19 mundo afora, com milhares de mortes registradas (e não registradas).

Foram realizados inúmeros esforços e investimentos pelos países em políticas de prevenção e de combate à doença, através da divulgação de campanhas que buscavam a conscientização acerca da indispensabilidade da higiene, da utilização de máscaras e da necessidade de observância do isolamento social²⁵⁹. Um dos maiores problemas relacionados à pandemia foi o fato de que o vírus não se manifestava da mesma forma em todas as pessoas²⁶⁰. Indivíduos contaminados apresentavam sintomas diversos entre si e muitos sequer sofriam quaisquer perturbações com a doença – os chamados “assintomáticos”. Não obstante o vírus apresentasse maior risco para certos grupos (como idosos, pessoas com doenças respiratórias ou autoimunes), os efeitos da pandemia foram observados de forma ampla e mundial. O aumento simultâneo dos casos em curto período conduziu o sistema de saúde de muitos países à beira do colapso, a exemplo do próprio Brasil.

Relevante ressaltar que os altos índices de transmissão da doença e a rapidez de crescimento dos números guarda estreita relação com a agilidade no transporte e na locomoção de pessoas na atualidade. A rapidez e a facilidade do fluxo de pessoas, decorrente de meios de locomoção cada vez mais eficientes e velozes, agrava os cenários das doenças e traduz em problemas mundiais surtos que, em outras décadas, poderiam se manter em escala regional. Vê-se, pois, que os problemas enfrentados no cenário mundial atual, especialmente em relação às epidemias e aos vírus, evidenciam o fundamento empírico para a tutela da saúde pública, tratando-se de bem cuja relevância se mostra evidente no plano concreto.

O surgimento dos bens jurídicos supraindividuais e o seu reconhecimento pela Constituição Federal de 1988 impõe a necessidade de que o direito penal não se

²⁵⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 01 maio 2020.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ *Ibidem*.

mantenha inerte face à eventuais lesões operadas em relação a tais bens. É isso que ocorre em relação à saúde pública. Não obstante a Constituição não faça remissão expressa ao termo em questão, tratando indistintamente de “saúde” tanto em esfera coletiva quanto em individual, a saúde pública é fundamento para inúmeros dispositivos constitucionais, seja quando do tratamento dos direitos sociais²⁶¹, dos serviços públicos de saúde ou mesmo da criação do Sistema Único de Saúde.

Nesse cenário, percebe-se que tratar da transmissão do vírus HIV como mera questão de saúde individual e de interesse exclusivo do sujeito não parece a solução mais adequada e condizente com o contexto externo. Conforme exposto anteriormente, os países têm mantido, ao longo dos anos, políticas públicas e sanitárias rígidas visando a redução do número de mortes em decorrência da doença, mas principalmente buscando refrear o número crescente de novas infecções. A preocupação é de tamanha monta que organismos internacionais, como a Organização Mundial da Saúde, apresentam estudos recorrentes sobre a matéria, além de ter sido criado um organismo específico (Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS – UNAIDS) para o estabelecimento de metas e de prognósticos sobre a doença.

O mundo têm se posicionado no sentido de controlar o cenário da epidemia, incentivando a pesquisa de tratamentos mais eficientes e promovendo um aumento significativo na expectativa de vida dos indivíduos soropositivos. Porém, o grande empecilho para o efetivo combate ao vírus permanece sendo o índice elevado de transmissões e de novas infecções, o que acaba por reduzir a eficácia dos avanços terapêuticos e médicos a longo prazo.

Vê-se que as hipóteses de transmissão voluntária do vírus HIV, contextualizadas em um cenário de combate à epidemia, mostra-se como hipótese que segue na contramão de todos os esforços operados em âmbito mundial. Embora possam parecer, *a priori*, situações relacionadas única e exclusivamente à autonomia e aos interesses individuais dos sujeitos envolvidos na transmissão, também afetam os interesses da coletividade e vão de encontro ao próprio conceito de saúde pública apresentado.

²⁶¹ Art. 6º, Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Ainda, conforme exposto em capítulo anterior, são diversas as razões que podem atuar como motivadoras para a voluntariedade do indivíduo soronegativo no tocante à transmissão do vírus pelo seu parceiro. As situações de transmissão voluntária se materializam nos casos de relações casuais, mas são ainda mais palpáveis em relações estáveis, nas quais a confiança dos parceiros se pauta tão fortemente no sentimento compartilhado que os indivíduos acreditam na impossibilidade de uma transmissão. Essas situações são frequentes principalmente em relação às mulheres e refletem as dificuldades e as desigualdades de gênero ainda existentes na sociedade moderna, manifestando-se as relações sexuais como verdadeiras formas de manifestação da relação de poder entre homens e mulheres.

As variáveis apresentadas dizem respeito, em grande medida, a fatores culturais e sociais. Não se pode dizer, portanto, que as situações de transmissão voluntárias dizem respeito única e exclusivamente aos parceiros durante a relação sexual. Não apenas em decorrência do fato de que a conduta vai de encontro aos interesses coletivos e às conquistas sociais e científicas no tocante ao vírus HIV, criando e ampliando as possibilidades de transmissão, mas porque a opção individual reflete um forte condicionamento cultural²⁶².

²⁶² DALLARI, Sueli Gandolfi. A Bioética e a Saúde Pública. *In*: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Orgs.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 210.

4 A ATUAÇÃO ESTATAL NAS SITUAÇÕES DE TRANSMISSÃO VOLUNTÁRIA DO VÍRUS HIV

As hipóteses de transmissão sexual do vírus HIV mediante voluntariedade do parceiro soropositivo na participação em relação desprotegida, objeto do presente trabalho, perpassa por aspectos de cunho pessoal dos indivíduos sorodiscordantes, mas, ainda, por questões de natureza cultural e social. A análise acerca da relevância jurídico-penal da voluntariedade do soronegativo, dessa forma, impõe a ponderação entre a manifestação da autonomia dos sujeitos face aos seus direitos individuais e as consequências de tais condutas para a saúde da coletividade.

4.1 MATERIALIZAÇÃO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL NA VOLUNTARIEDADE DO TITULAR DO BEM JURÍDICO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o surgimento de um ordenamento jurídico pautado na dignidade da pessoa humana e na tutela dos direitos fundamentais, a autonomia adquiriu novos contornos²⁶³. Passou a incidir não apenas no seio das relações de cunho patrimonial e econômico, se estendendo às demais relações interpessoais enquanto valor interpretativo e, ainda, ensejando questionamentos em sede de direito público. No âmbito do direito penal a autonomia²⁶⁴ veio suscitando inúmeras discussões, ensejando a criação de novos institutos e obrigando o confrontamento do dever de proteção estatal com o respeito às liberdades individuais²⁶⁵.

A relevância conferida à autonomia e às liberdades individuais é expressiva e, de tal modo o é, que consiste em um dos principais pilares para a diferenciação tradicionalmente realizada entre direito público e direito privado. Dessa forma, seria o direito público regido pela tutela do coletivo, do interesse público e da igualdade, ao tempo em que o direito privado seria marcado fortemente pela proteção dos interesses

²⁶³ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de; MORAES, Maria Celina Bodin de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. **Pensar**. 2014, v. 19, n. 3, set./dez., p. 793. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3433/pdf_1. Acesso em: 09 dez. 2019.

²⁶⁴ A preferência do presente trabalho pelo termo “autonomia individual” reside no fato de que não implica a restrição do instituto unicamente ao âmbito privado, possibilitando a sua aplicação às demais áreas.

²⁶⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 52.

privados, conferindo aos seus titulares maior âmbito de liberdade²⁶⁶. Contudo, em razão dos fenômenos da “privatização do direito público” e da “publicização do direito privado”, há autores que vêm defendendo a inadequação dessa dicotomia, tendo em vista a existência de interesses tutelados em ambas as searas²⁶⁷. De fato, embora existam categorias de interesses considerados intermediários²⁶⁸, não se pode negar que ainda há a prevalência de certos interesses em cada uma dessas esferas.

Tal diferenciação, à primeira vista, pode conduzir a uma interpretação errônea de que não há espaço no direito público para a manifestação da autonomia individual. A autonomia, enquanto um dos princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, é utilizada não apenas como ferramenta de proteção dos indivíduos contra as indevidas ingerências estatais, podendo ser aplicada também de forma concreta quando da responsabilização criminal dos sujeitos.

Nesse cenário, diz-se que o processo de publicização da pretensão punitiva, com a conseqüente transferência do poder punitivo para o Estado, conduziu a uma situação de neutralização ou de “desvitimização” da vítima. Ou seja, a satisfação da vítima e a reparação do dano sofrido passaram a ocupar posição secundária na aplicação da lei penal, uma vez que o objetivo principal se tornou a retribuição e a responsabilização pelo injusto praticado²⁶⁹.

Nos últimos anos, porém, vem-se operando o fenômeno de “redescobrimto” da vítima, com um maior reconhecimento do seu papel na aplicação do direito penal, o que conduz à possibilidade de que a valoração da sua conduta impacte positivamente a responsabilização do agente e inclusive o *quantum* da pena a ser aplicada²⁷⁰. Diante desse cenário, inúmeras teorias buscaram analisar como poderia a conduta da vítima influenciar a responsabilização do agente. Entende Manuel Cancio Meliá que, em verdade, as teorias enfrentam o mesmo problema sob perspectivas diferentes²⁷¹, já que o objetivo primordial de todas elas é reconhecer a possibilidade de que a vítima, no exercício da sua autonomia, influencie ou mesmo

²⁶⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 95.

²⁶⁷ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade: aspectos essenciais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 131.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 133.

²⁶⁹ MELIÁ, Manuel Cancio. *La exclusión de la tipicidade por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)*. **Cuadernos de Conferencias y Artículos**. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 1998, n. 19, p. 9-10.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 14.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 34-35.

determine o comportamento do indivíduo a quem será imputado o fato, possibilitando que a sua conduta produza efeitos favoráveis na esfera jurídica do agente.

A transmissão sexual do vírus HIV e a voluntariedade do indivíduo soronegativo no tocante à admissão de eventual contaminação decorrem diretamente do exercício da sua autonomia individual²⁷². A autonomia perpassa pela análise não apenas como tema de discussão teórica, possuindo também um viés concreto, especialmente quando se observa a valoração da conduta do indivíduo soronegativo no âmbito do direito penal. Pretender-se-á, portanto, analisar a voluntariedade do sujeito sob a ótica das modernas teorias da imputação, da vitimodogmática e do consentimento, examinando se, no tocante aos seus direitos individuais, seria possível o enquadramento da sua atuação de acordo com os referidos institutos.

4.1.1 A teoria da imputação objetiva e as hipóteses de colocação em risco

A questão da causalidade penal suscitou, ao longo dos tempos, inúmeras discussões e divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Partindo do modelo tripartite de injusto adotado pelo direito penal brasileiro²⁷³, a análise da causalidade se encontra inserida no âmbito da tipicidade²⁷⁴, mais especificamente no contexto da ação²⁷⁵, e importa a exigência de que da conduta do agente tenha decorrido o resultado ou de que entre eles haja uma conexão²⁷⁶.

A teoria da equivalência das condições, também chamada teoria da *conditio sine qua non*, foi o principal marco a ser utilizado em sede de nexos de causalidade. De acordo com a teoria, toda circunstância que de alguma forma contribua para a ocorrência do resultado será considerada causa desse resultado²⁷⁷. Será causa, portanto, todo fator que, após hipoteticamente eliminado, conduza à não

²⁷² Ao se referir à vítima, o trabalho parte de uma ótica ampla, considerando-a como o indivíduo que sofre um dano ou cujo bem jurídico é objeto de violação, independentemente de a lesão operar-se conforme ou de forma contrária à sua vontade. Conforme se verá, nos casos tratados, a vontade do titular do bem jurídico se expressa no mesmo sentido da manifestação do terceiro envolvido.

²⁷³ O modelo tripartido de crime admite a imputação de um injusto penal ao agente quando houver tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

²⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 25.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 329-330.

²⁷⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 11.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 344.

²⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 322.

²⁷⁷ Art. 13, Código Penal: "O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido".

ocorrência do resultado²⁷⁸. Uma das maiores críticas sofridas pela teoria é a de que promove um regresso ao infinito, responsabilizando pelo resultado mesmo agentes remotos²⁷⁹.

Visando a sanar, em certa medida, tais críticas, foi pensada a teoria da adequação. Segundo esta, seriam analisadas, para a imputação de um fato penalmente relevante a alguém, apenas aquelas condições consideradas adequadas, idôneas para a produção do resultado²⁸⁰. Ou seja, resultados imprevisíveis, anormais ou raros não poderiam ser imputados ao gente, pois não haveria uma conexão entre o resultado e a conduta praticada.

Diz-se que essas teorias possuem um alcance limitado, uma vez que analisam a causalidade sob uma perspectiva puramente mecânica de causa e efeito. Acresça-se, ainda, o fato de que a aplicação das teorias ocasionaria soluções insatisfatórias e inadequadas em determinados casos, pois o mero fato de ser a ação adequada ou previsível para a produção do resultado não deve conduzir, necessariamente, à imputação do fato ao indivíduo²⁸¹.

Por isso, passou-se a buscar critérios que pudessem ser aplicados em conjunto com a dita causalidade natural, promovendo uma efetiva análise da causalidade sob a ótica normativa²⁸², considerando que nem toda causa será juridicamente relevante o suficiente para ser imputada ao agente. Nesse cenário, a teoria da imputação objetiva não surgiu para substituir as teorias anteriores, mas ao contrário, para complementá-las, possibilitando a sua adequação ao plano jurídico²⁸³.

Nos chamados crimes de resultado, por exemplo, entendidos como aqueles que produzem resultados naturalísticos, é evidente que não se poderá fazer a análise da causalidade normativa se não houver sequer causalidade material²⁸⁴. Em verdade, a teoria da imputação objetiva surgiu com a finalidade de estabelecer a causalidade

²⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 25.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 330-331.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 331.

²⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 328.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 331.

²⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 25.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 331.

²⁸³ CONSTANTINO, Carlos Ernani. Teorias da causalidade e imputação objetiva, no **Direito Penal. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. 2001, ano 2, n. 8, jun./jul., p. 27.

²⁸⁴ CALLEGARI, André Luís. Causalidade e imputação objetiva no direito penal. **Caderno Jurídico da ESMP**. 2001, n. 1, abr., p. 72. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/teoria_da_imputacao_objetiva.pdf. Acesso em: 11 dez. 2019.

para aqueles casos em que a mera análise da causalidade natural não se mostra suficiente ou satisfatória²⁸⁵, como ocorre especialmente em relação aos crimes culposos e aos crimes omissivos puros²⁸⁶. A imputação objetiva pode ser compreendida como um dos “degraus” no estabelecimento da causalidade e da imputação²⁸⁷.

Relevante apontar que, a despeito de ser aplicada e reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, a teoria em questão não encontra expressa previsão no Código Penal brasileiro – este trata apenas da teoria da equivalência das condições no seu art. 13. Em sede de jurisprudência, porém, os tribunais vêm se posicionando no sentido de admitir a sua aplicação. À guisa de exemplo, cite-se os posicionamentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de agravo em recurso especial em 2017²⁸⁸, de agravo regimental²⁸⁹ e de recurso especial²⁹⁰, ambos datados de 2018.

O fato de tradicionalmente se entender que o direito penal brasileiro buscou inspiração na teoria finalista da ação não impede a aplicação de teorias específicas inseridas em outras doutrinas, como ocorre com a teoria da imputação objetiva,

²⁸⁵ CALLEGARI, André Luís. Causalidade e imputação objetiva no direito penal. **Caderno Jurídico da ESMP**. 2001, n. 1, abr., p. 72. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/teoria_da_imputacao_objetiva.pdf. Acesso em: 11 dez. 2019.

²⁸⁶ PELELLA, Eduardo Botão. Da imputação objetiva – aplicabilidade no direito brasileiro e revisão da dogmática penal dominante. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**. 2004, n. 7, p. 87. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22394/imputacao_objetiva.pdf. Acesso em: 17 dez. 2019.

²⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 331.

²⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 791.594 – Proc. 2015/0257012-1. Agravantes: Ministério Público do Estado do Mato Grosso e Marcus Barbosa Castro Passare. Agravados: Ministério Público do Estado do Mato Grosso e Marcus Barbosa Castro Passare. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, DJ 05 out. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=73398904&num_registro=201502570121&data=20171005&tipo=0. Acesso em: 15 maio 2019.

²⁸⁹ *Idem*. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental em Recurso Especial n. 1.711.092 – Proc. 2017/0296055-6. Agravante: Celio Fernando de Freitas. Agravado: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, DJ 04 maio 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82864736&num_registro=201702960556&data=20180504&tipo=0. Acesso em: 15 maio 2019.

²⁹⁰ *Idem*. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.369.253 – Proc. 2013/0059230-2. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Mariovane Gottfried Weis. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DJ 29 jun. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=84954484&num_registro=201300592302&data=20180629. Acesso em: 15 maio 2019.

pensada no âmbito do funcionalismo²⁹¹. Pode o intérprete, na aplicação e na compreensão do direito, aplicar outros institutos que permitam a correção das falhas existentes no modelo vigente, desde que não se comprometa a integridade e a unidade do ordenamento²⁹². Logo, considerando que o finalismo compreende os tipos subjetivo e objetivo como um todo indissolúvel, a aplicação da imputação objetiva deve ocorrer em harmonia com a análise do tipo subjetivo²⁹³. Ou seja, para que se analise a imputação não basta a existência do risco, mas é essencial também a observância da vontade individual do agente²⁹⁴.

A teoria da imputação objetiva data do final do século XVIII e tem o seu surgimento associado à Richard Honig e à Karl Larenz²⁹⁵, embora tenha se tornado mais conhecida e estudada apenas posteriormente, especialmente a partir dos entendimentos de Claus Roxin²⁹⁶. A imputação diz-se objetiva porquanto não se imputa apenas o que era conhecido e desejado pelo agente, mas o que era sabido e passível de ser abarcado pela vontade, a partir de uma análise genérica e abstrata da compreensão pautada no “homem médio”²⁹⁷.

De acordo com Roxin, seriam três os requisitos objetivos necessários para que o resultado fosse imputado a alguém, a saber: a criação de um risco proibido; a realização do risco proibido no resultado; e a exigência de que o resultado estivesse dentro do alcance do tipo. Não havendo o preenchimento desses requisitos, não haveria sequer que se proceder à análise do tipo subjetivo²⁹⁸.

Tratando especificamente de cada um dos requisitos apresentados, têm-se, em primeiro ponto, que o risco será proibido quando superar os limites do risco permitido. O risco permitido é aquele que se encontra regulamentado através de

²⁹¹ PELELLA, Eduardo Botão. Da imputação objetiva – aplicabilidade no direito brasileiro e revisão da dogmática penal dominante. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**. 2004, n. 7, p. 90. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22394/imputacao_objetiva.pdf. Acesso em: 17 dez. 2019.

²⁹² *Ibidem*, loc. cit.

²⁹³ CARVALHO, Érika Mendes; PRADO, Luiz Régis. A imputação objetiva no Direito Penal brasileiro. **Revista dos Tribunais**. 2005, vol. 3, jul., p. 88-89. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/A%20imputa%20E7%E3o%20obj%20etiva%20no%20Direito%20Penal%20brasileiro.pdf>. Acesso em: 14 maio 2019.

²⁹⁴ *Ibidem*, loc. cit.

²⁹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 11.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 371.

²⁹⁶ Há de se ressaltar a existência de inúmeras divergências entre os autores que se debruçaram sobre o tema, mormente em relação à metodologia. O presente trabalho não objetiva expor de forma pormenorizada tais discussões, mas sim tratar acerca dos elementos e requisitos majoritariamente aceitos na teoria da imputação objetiva.

²⁹⁷ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, 2011, p. 372.

²⁹⁸ CARVALHO, Érika Mendes; PRADO, Luiz Régis. *Op. cit.*, 2005, p. 82.

normas ou reconhecido pela sociedade como normal, a exemplo da direção de veículos automotores com respeito às regras de trânsito e da realização de intervenções terapêuticas com observância dos procedimentos clínicos adequados²⁹⁹. Portanto, a criação de um risco permitido, a não criação do risco ou mesmo a diminuição do risco não implicam imputação objetiva do resultado³⁰⁰, uma vez que não há verdadeiramente a criação de um risco proibido.

O requisito da realização do risco proibido no resultado impõe que este seja consequência do risco não permitido criado pelo agente, e não pelo acaso e tampouco por uma mera relação de causa e efeito³⁰¹. Em resultados que tenham sido produzidos por “cursos causais imprevisíveis” (como a vítima que vem a óbito em razão de um incêndio ocorrido no hospital)³⁰² ou em situações nas quais o risco previamente existente tenha se demonstrado indiferente para a produção do resultado³⁰³ não haverá que se falar em imputação.

Contudo, é do último requisito que se pode extrair a relevância da autonomia. Ao tratar do alcance do tipo, afirma-se que não haverá imputação do resultado ao agente nos casos em que a norma não tenha como objetivo prevenir tais situações³⁰⁴, o que ocorre especialmente nas hipóteses em que a própria vítima, no exercício da sua autonomia, expõe a risco o seu bem jurídico. A partir da análise da teoria da imputação objetiva, o tipo penal não abarca as hipóteses em que a vítima voluntariamente adere ao perigo criado por outrem ou, ainda, cria ela própria a situação de risco. Portanto, a depender do caso, a sua atuação implicaria a exclusão da responsabilidade do autor.

As situações de alcance do tipo apresentarão consequências diversas a depender da conduta do titular do bem. Se o titular do bem jurídico sofre um dano em decorrência de um risco criado por ele próprio, tendo havido a participação de um terceiro na produção do resultado, haverá o que se denomina de autocolocação em risco e o terceiro não poderá ser responsabilizado pelo dano. É o que ocorre, por

²⁹⁹ CALLEGARI, André Luís. Causalidade e imputação objetiva no direito penal. **Caderno Jurídico da ESMP**. 2001, n. 1, abr., p. 78. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/teoria_da_imputacao_objetiva.pdf. Acesso em: 11 dez. 2019.

³⁰⁰ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 325.

³⁰¹ CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, 2001, p. 83-84.

³⁰² ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2002, p. 327-328.

³⁰³ *Ibidem*, p. 331-332.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 352.

exemplo, quando um terceiro fornece drogas a um indivíduo quimicamente dependente, conhecendo a sua dependência, e este vem a falecer em razão da utilização da droga³⁰⁵. Por outro lado, se um terceiro é responsável pela criação do risco para a vítima, sendo que ela tem conhecimento e aquiesce com o risco, estar-se-á diante de uma hipótese de heterocolocação em risco consentida. Um dos exemplos trazidos por Roxin é o da vítima que, conhecendo o estado de embriaguez do motorista, aceita ser conduzida por ele no veículo³⁰⁶.

Tratando-se de heterocolocação em risco consentida, em regra, o resultado deverá ser imputado ao terceiro, pois foi a sua conduta a criadora do risco que se realizou diretamente no resultado³⁰⁷. Contudo, prevê Roxin uma orientação de equiparação segundo a qual, se a vítima conhece o risco do resultado e consente com ele de forma livre, responsabilizando-se pelo risco na mesma medida em que o terceiro e, se o dano for consequência do risco assumido, será aplicado o tratamento dispensado às situações de autocolocação em risco – o terceiro não poderá ser responsabilizado³⁰⁸.

Percebe-se que a atuação da vítima ganhou destaque na análise do delito, de modo que, se o indivíduo, a partir de uma decisão livre e informada, colocar em risco o seu próprio bem jurídico ou aceitar que outrem o coloque, não poderá o terceiro ser penalmente responsabilizado. Não seria apenas uma causa de exclusão da punibilidade ou sequer da tipicidade, mas sim uma causa de exclusão *a priori* da imputação, a qual impediria que sequer se adentrasse na análise dos elementos do tipo³⁰⁹.

A diferenciação entre autocolocação em risco e heterocolocação consentida, porém, pode ser objeto de críticas. A primeira questão que se coloca é a da impossibilidade, em certas situações, de se atribuir a criação do risco

³⁰⁵ ROXIN, Claus. *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal*. **Revista para el Análisis del Derecho**. 2013, n. 1, p. 4. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/958.pdf>. Acesso em: 14 maio 2019.

³⁰⁶ *Ibidem*, loc. cit.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 9.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 15.

³⁰⁹ CARVALHO, Érika Mendes; PRADO, Luiz Régis. A imputação objetiva no Direito Penal brasileiro. **Revista dos Tribunais**. 2005, vol. 3, jul., p. 87. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/A%20imputa%E7%E3o%20obj%20ativa%20no%20Direito%20Penal%20brasileiro.pdf>. Acesso em: 14 maio 2019.

especificamente à vítima ou ao autor³¹⁰, como ocorre especialmente nas hipóteses sobre as quais se debruça o trabalho. Por outro lado, a possibilidade de equiparação entre a heterocolocação consentida e a autocolocação em risco opera, ao contrário do que se pretende, uma aproximação tão significativa entre ambas as figuras que acaba por desvirtuar e esvaziar as suas diferenças³¹¹.

A hipótese da transmissão sexual do vírus HIV aqui tratada reafirma a dificuldade de se enquadrar certas situações em uma ou em outra categoria. Para autores como Roxin³¹² e Juarez Cirino³¹³, a transmissão sexual estaria adequadamente compreendida no âmbito da heterocolocação em risco consentida, considerando que “o perigo parte exclusivamente do infectado e o parceiro se limita a expor-se”³¹⁴. Porém, as consequências da heterocolocação, para os autores, serão variáveis a depender do caso concreto. A heterocolocação será equivalente à autocolocação e, portanto, impunível, se ambos os parceiros estiverem esclarecidos acerca do risco e decidirem juntos manter relações. Ao contrário, a heterocolocação será punível se o soropositivo forçar ou esconder a sua condição do parceiro.

Reconhecer a hipótese como heterocolocação consentida implica aceitar que o risco provém quase exclusivamente do indivíduo soropositivo e da sua condição, ainda que se admita a equiparação à autocolocação em risco. Seria o sujeito portador entendido como vetor de transmissão da doença, perdendo a sua identidade e se tornando mero instrumento do vírus. Vê-se que tal entendimento contraria a própria construção acerca da autonomia, admitindo a reificação do indivíduo e adotando o entendimento de que o soropositivo se reduz a uma “fonte de perigo” para terceiros. Embora, para fins de consequências penais, o reconhecimento de uma autocolocação em risco ou de uma heterocolocação consentida equiparada sejam equivalentes, enquadrar a conduta em um ou em outro instituto materializa fortes significados e valores, especialmente de cunho social.

Promove-se também uma verdadeira depreciação da liberdade sexual do parceiro soronegativo, já que caberia a este apenas a conduta de expor-se. As

³¹⁰ MELIÁ, Manuel Cancio. *La exclusión de la tipicidade por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)*. **Cuadernos de Conferencias y Artículos**. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 1998, n. 19, p. 42-43.

³¹¹ *Ibidem*, p. 44.

³¹² ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 371-372.

³¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 8.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 189-190.

³¹⁴ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2002, p. 372.

relações íntimas e afetivas pressupõem uma reciprocidade entre os indivíduos envolvidos, pois, partindo-se da concepção de relações sexuais consentidas, estas só podem ocorrer se ambos os parceiros se envolverem ativa e mutuamente. Não há, portanto, uma situação de submissão ou de subordinação de um em relação ao outro, uma vez que ambos os indivíduos ocupam posições e desenvolvem funções igualmente relevantes. Ainda, os sujeitos sorodiscordantes possuem o mesmo grau de controle sobre a conduta e sobre o resultado³¹⁵, já que, em verdade, nenhum deles tem o poder de determinar que a transmissão do vírus ocorra ou não.

Diante do que se vê, mais adequado seria tratar da hipótese enquanto forma de autocolocação em risco, considerando-se que se parte do pressuposto, no presente trabalho, de relações nas quais o indivíduo soronegativo conhece o diagnóstico de soropositividade do terceiro. Tendo em vista a situação de igualdade e de reciprocidade que se estabelece em uma relação afetiva e sexual, tratar o indivíduo soropositivo como mero instrumento de transmissão da doença significa não apenas responsabilizá-lo de forma inadequada e demasiada, como, ainda, menosprezar o papel exercido pelo outro indivíduo na relação.

Admitir que os sujeitos soropositivos são os responsáveis pela transmissão do vírus acaba por agravar a discriminação e o estigma ao qual esses indivíduos encontram-se expostos. Pode-se observar a influência das construções morais e sociais acerca da doença, uma vez que o imaginário coletivo tende a culpar os sujeitos pela sua enfermidade, impondo que sejam eles os responsabilizados pelo seu comportamento “desviante” ou “imoral”³¹⁶. Relevante ressaltar que a caracterização da autocolocação em risco sustentada incide em relação especificamente aos bens jurídicos individuais envolvidos na situação, sendo eles a integridade e a saúde individuais.

Não obstante o trabalho se debruce sobre as hipóteses de relações sexuais nas quais o indivíduo soronegativo conhece o diagnóstico do seu parceiro e aquiesce com o risco da transmissão, vale ressaltar que, no cenário oposto a solução não

³¹⁵ PEÑA, Diego-Manuel Luzón *apud* ROXIN, Claus. *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal. Revista para el Análisis del Derecho*. 2013, n. 1, p. 20. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/958.pdf>. Acesso em: 14 maio 2019.

³¹⁶ BANDEIRA, Lourdes Maria; GARRAFA, Volnei; GONÇALVES, Erli Helena. Ética e desconstrução do preconceito: doença e poluição no imaginário social sobre o HIV/Aids. *Revista Bioética*. 2011, v. 19, n. 1, p. 168. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/613/630. Acesso em: 11 out. 2019.

parece a mesma. Em situações nas quais o indivíduo soropositivo esconda ou não revele a soropositividade para o seu parceiro e mantenha com ele relações desprotegidas, de fato não parece adequado afirmar que a responsabilidade de ambos é a mesma. Ao se envolver em uma relação desprotegida, o indivíduo aceita o risco de contrair diversas enfermidades – por isso não está descaracterizado o risco. Porém, a aquiescência do titular não se dá considerando o cenário como um todo, uma vez que ele não conhece todas as circunstâncias. Logo, tendo em vista que o soropositivo, nesse quadro, possui maior conhecimento sobre a situação, pode-se dizer que ele exerce maior controle e, conseqüentemente, não poderá ser outro o enquadramento se não o da heterocolocação consentida.

Diferentemente dos autores citados, Bernd Schünemann defende a responsabilização do indivíduo soropositivo nas hipóteses de transmissão sexual, já que ele possuiria um “conhecimento privilegiado” e atuaria como uma espécie de autor mediato na transmissão. Para Schünemann, o sujeito portador do vírus, sob uma ótica do domínio do fato, teria mais controle sobre a transmissão do vírus do que o indivíduo soronegativo³¹⁷. Apenas em situações excepcionais se admitiria a aplicação da imputação objetiva para afastar a responsabilidade do agente, especialmente nos casos em que houvesse uma “predisposição da vítima para a lesão”, o que ocorreria quando esta buscasse o indivíduo portador³¹⁸ e a contaminação.

A aplicação do domínio do fato às situações de risco e às hipóteses de transmissão sexual do vírus não parece a solução adequada. A existência de um risco se traduz na incerteza acerca da produção do resultado, o que significa que nenhum dos indivíduos envolvidos terá qualquer domínio ou poder sobre o desfecho da situação³¹⁹. Tal conclusão se mostra ainda mais evidente quando se observa a possibilidade de transmissão do vírus HIV, já que, não obstante seja portador do vírus, o soropositivo não possui qualquer controle sobre a efetiva transmissão – ainda que esse seja efetivamente o seu dolo.

³¹⁷ PALMA, Maria Fernanda. Transmissão da SIDA e responsabilidade penal. *In: Estudos de Direito da Bioética*. ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 115-116.

³¹⁸ *Ibidem*, loc. cit.

³¹⁹ ROXIN, Claus. *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal*. *Revista para el Análisis del Derecho*. 2013, n. 1, p. 9. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/958.pdf>. Acesso em: 14 maio 2019.

4.1.2 Consentimento do ofendido

O consentimento do ofendido, compreendido como “a concordância entre as partes ou uniformidade de opinião”, surgiu, inicialmente, como instituto vinculado ao direito privado³²⁰. A partir da adoção do instituto do consentimento no âmbito penal, foram desenvolvidas inúmeras teorias que buscavam analisar a sua natureza e o seu significado para fins criminais. Em razão da inexistência de um princípio geral ou mesmo de um tratamento específico do tema pela legislação penal, certos autores transplantaram o instituto do direito privado para o direito penal, com as mesmas características e limitações.

Segundo Feuerbach, o consentimento configuraria hipótese de renúncia dos bens jurídicos pelo titular através de um “ato declaratório de vontade”, impedindo a responsabilização criminal do agente e obstando a própria configuração do delito³²¹. A validade do consentimento estaria condicionada à uma manifestação livre e à possibilidade de disposição do direito pelo consciente, análises essas que deveriam ser pautadas nos princípios do direito privado. Logo, a teoria promoveria a limitação da autonomia do direito penal, já que ele estaria restrito às limitações impostas pelo direito privado³²².

Para além da teoria anterior, a teoria do negócio jurídico pensada por Zitelmann ampliou a influência do direito privado sobre o consentimento no direito penal. De acordo com o autor, seria o consentimento modalidade de negócio jurídico privado, ainda que inserido no contexto penal. Ou seja, ainda que o fato configurasse um ilícito penal, se ele estivesse em consonância com os princípios e com as regras de direito privado, a sua ilicitude seria afastada³²³.

Embora apresente certa natureza negocial, o consentimento não caracteriza efetivamente um negócio jurídico, pois os negócios jurídicos privados objetivam a produção de efeitos que estejam em consonância com o ordenamento, o que não é necessariamente uma verdade em termos de consentimento³²⁴. Ao

³²⁰ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 72.

³²¹ *Ibidem*, p. 73.

³²² *Ibidem*, p. 74.

³²³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Vítima, consentimento e imputação objetiva. **Revista Ciências Penais**. 2004, n. 1, jul./dez., p. 186.

³²⁴ *Ibidem*, p. 187.

contrário, em muitas situações pode o consentimento ir de encontro aos princípios e aos valores resguardados pelo direito em nome da satisfação da autonomia individual³²⁵.

Foi a partir da teoria da ação jurídica que se inaugurou a análise do tema sob a ótica do direito penal, afastando o instituto do direito privado. Para a teoria, se o titular do direito aquiesce com a ofensa ao seu bem jurídico, ele está renunciando à tutela penal, uma vez que há a perda do interesse de proteção desse direito³²⁶. Welzel adota o posicionamento dessa teoria, acrescentando a este o direito consuetudinário como critério de validade. Ou seja, ainda que o consentimento seja *a priori* válido, se não houver respeito aos bons costumes o fato permanecerá como um ilícito penal³²⁷.

Seguindo a mesma tendência, Mezger defende que a exclusão do delito decorre, em verdade, do abandono do bem jurídico pelo seu titular³²⁸. Logo, o consentimento apenas será eficaz nos casos em que o consciente seja o titular do direito que se visa proteger³²⁹, pois apenas nessa hipótese se estará de fato diante de uma situação de abandono do direito.

As mais recentes teorias demonstram que também é função do direito penal resguardar a autonomia individual, de modo que, se o titular do bem jurídico no exercício desse poder aquiescer com a sua perda ou a sua limitação, cabe ao direito penal renunciar a sua proteção³³⁰. A renúncia ao direito, pelo titular, afasta a aplicação da norma que o tutela, pois as normas de proteção partem de um critério pautado em uma situação considerada “normal”, sendo aquela em que a violação ocorre contra a vontade do titular do bem³³¹.

Ressalte-se, contudo, que não há uma renúncia estatal do bem jurídico ou do interesse público intrínseco à proteção jurídico-penal, mas apenas da sua tutela. Em verdade, a questão do consentimento perpassa por uma ponderação de interesses – o interesse estatal na proteção do bem jurídico e o respeito à autonomia

³²⁵ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 78.

³²⁶ *Ibidem*, p. 79.

³²⁷ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Vítima, consentimento e imputação objetiva. **Revista Ciências Penais**. 2004, n. 1, jul./dez., p. 188.

³²⁸ *Idem*, *loc. cit.*

³²⁹ MEZGER *apud* PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, 2001, p. 80.

³³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 471.

³³¹ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. O consentimento do ofendido no direito penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. 1969, v. 12, n. 0, p. 263. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7163/5114>. Acesso em: 09 jan. 2020.

individual. O reconhecimento estatal do consentimento não faz desaparecer o interesse jurídico-penal na preservação dos bens, uma vez que a lesão sempre representa uma perda do ponto de vista penal e social. Porém, sendo o consentimento válido, poderá o direito privilegiar a vontade individual, afastando a relevância penal do fato³³².

Outra questão controversa é a que perpassa pelos efeitos do consentimento quanto aos elementos da teoria do crime. Para a teoria monista, este seria sempre uma causa de exclusão da tipicidade do delito, pois a aquiescência do titular com a ofensa ao seu bem jurídico afastaria completamente a caracterização da lesão ou do perigo de lesão³³³. Nesse sentido se posiciona Roxin ao afirmar que as hipóteses de consentimento não perpassam por situações de conflitos de interesses, mas, ao contrário, por ausência de interesses³³⁴.

Para o autor, aquele que viola bem jurídico alheio em conformidade com a vontade do seu titular está auxiliando-o na promoção e na concretização da sua autonomia. Dessa forma, não há lesão quando o agente atua em conjunto com o titular no sentido de garantir a expressão e o exercício do direito³³⁵. Não obstante o pensamento seja pautado também nos costumes e na adequação social, é a “liberdade de ação” conferida ao titular do direito que exerce função primordial para a caracterização do consentimento, segundo este autor³³⁶.

Contrariamente à teoria monista e às construções de Roxin posicionam-se os adeptos da teoria dualista. Admitindo-se como adequado o entendimento explicitado anteriormente, no sentido de que o consentimento não afasta o interesse público na proteção do bem jurídico, mas que demanda a ponderação dos interesses público e privado na aplicação do direito, não se pode alegar a ausência de interesses e tampouco a inoccorrência de lesão ao direito. Em certas situações, embora haja violação de bens jurídicos, pode o ordenamento, a partir de uma análise concreta de cada caso, privilegiar a autonomia individual ou, ao contrário, o interesse social³³⁷. Dessa forma se posiciona a teoria dualista, afirmando que o consentimento pode, a

³³² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 472.

³³³ *Ibidem*, p. 473.

³³⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editora Civitas. 1997, p. 521.

³³⁵ *Ibidem*, p. 517.

³³⁶ *Ibidem*, p. 517-518.

³³⁷ ANDRADE, Manoel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Editora Almedina, 1991, p. 261.

dependem da hipótese, atuar como causa excludente da tipicidade ou como causa justificante, afastando a antijuridicidade³³⁸. Visando diferenciar ambas as situações, refere-se à primeira hipótese como “acordo” e à segunda verdadeiramente como “consentimento”³³⁹.

Estar-se-á diante de uma situação de acordo quando o dissenso for um elemento expresso do tipo penal, de forma que, *a contrario sensu*, a anuência importará a exclusão do delito, por imediata contrariedade à descrição fática prevista³⁴⁰. No crime de estupro, por exemplo, considerando que o constrangimento é elementar do tipo, têm-se que a concordância da vítima com a prática sexual afastará completamente a configuração do crime por ausência de tipicidade. Os crimes de violação de domicílio (art. 150 do Código Penal), de invasão de dispositivo informático (art. 154-A) e de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164) são outros exemplos passíveis de serem apontados sobre o tema. Observa-se que, nesses casos, ao contrário das hipóteses de consentimento, não há sequer lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico³⁴¹, já que a aquiescência afasta completamente a necessidade de intervenção jurídico-penal.

Por outro lado, o consentimento ocorrerá quando o dissenso não for elementar para a caracterização do crime³⁴², hipótese em que não terá aptidão para afastar a tipicidade do fato. Sob a ótica da tipicidade, o consentimento da vítima configura um indiferente penal³⁴³. Em tais hipóteses, a concordância do titular do direito tem o condão de afastar apenas a antijuridicidade do fato. Ou seja, embora típico, ao fato não será atribuída a natureza de delito, pois o consentimento afasta o desvalor negativo atribuído pelo ordenamento à conduta – não afasta, contudo, a ocorrência da lesão ou do perigo da lesão ao direito³⁴⁴. Pode-se pensar na ocorrência

³³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 475.

³³⁹ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 94.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 96-97.

³⁴¹ ANDRADE, Manoel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Editora Almedina, 1991, p. 509.

³⁴² PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, 2001, p. 96.

³⁴³ *Ibidem*, p. 99.

³⁴⁴ ANDRADE, Manoel da Costa. *Op. cit.*, 1991, p. 509.

do consentimento, por exemplo, nos crimes de lesões corporais (art. 129 do Código Penal), de furto (art. 155)³⁴⁵ e de dano (art. 163)³⁴⁶.

Para que o consentimento opere os seus efeitos é necessária a existência de certos pressupostos. Inicialmente, têm-se que este será eficaz apenas em relação aos crimes contra bens jurídicos individuais, nos quais prepondera o interesse privado. Vale ressaltar que, mesmo nos casos de direitos individuais existem hipóteses em que não se admite a eficácia do consentimento, em razão da relevância que se atribui ao bem jurídico tutelado – são os bens jurídicos chamados indisponíveis. Há grande discussão doutrinária acerca dos bens jurídicos que estariam enquadrados nessa categoria, a exemplo do direito à vida, conforme tratado anteriormente. Considerando que os critérios determinantes para a classificação dos bens indisponíveis e disponíveis varia de acordo com a realidade social e cultural de cada comunidade e época³⁴⁷, fato é que a discussão acerca do tema sempre encontrará terreno fértil no ordenamento.

No que toca aos bens jurídicos coletivos, não há que se falar na possibilidade de consentimento, uma vez que o consciente não é o único titular do direito. Nesse sentido, é possível a existência de bens jurídicos que sejam titularizados pela coletividade e que correspondam a valores estatais e supraindividuais (como a fé e a paz públicas) ou mesmo de bens jurídicos que, embora de natureza social, possam se manifestar através da violação a direitos individuais (como a saúde pública). Independentemente de qual seja a hipótese, em ambos os casos se inadmite o consentimento³⁴⁸.

A ordem pública atua também como limitadora do consentimento. Não obstante seja amplo e abstrato, o conceito materializa aqueles valores mais relevantes para a sociedade, os quais são resguardados através das próprias normas que compõem o ordenamento jurídico³⁴⁹. Ao consentir com a violação do seu bem jurídico,

³⁴⁵ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 98-99.

³⁴⁶ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Vítima, consentimento e imputação objetiva. **Revista Ciências Penais**. 2004, n. 1, jul./dez., p. 189.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 195-196.

³⁴⁸ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. O consentimento do ofendido no direito penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. 1969, v. 12, n. 0, p. 259-260. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7163/5114>. Acesso em: 09 jan. 2020.

³⁴⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *Op. cit.*, 2004, p. 194.

não pode o titular estar promovendo um dano ou um perigo social, em decorrência da ordem pública e do interesse coletivo por ela protegido³⁵⁰.

Outro elemento essencial para a eficácia do consentimento é a capacidade para consentir. A capacidade, nesse ponto, não se confunde com a capacidade civil e tampouco se restringe às hipóteses de imputabilidade penal³⁵¹. Em verdade, a capacidade será aferida no caso concreto, devendo-se observar se a vontade foi manifestada de forma livre e esclarecida e, portanto, autônoma. Ou seja, se o indivíduo conhecia o alcance, a forma e os impactos da sua aquiescência³⁵². Outrossim, para que afaste a antijuridicidade do fato deve o consentimento ser conhecido pelo agente violador do bem jurídico. De modo contrário, poderá haver a sua responsabilização pelo crime na modalidade tentada, em razão do seu dolo³⁵³.

Por fim, a figura do consentimento não se confunde com as construções apresentadas anteriormente sobre autocolocação em risco e heterocolocação consentida. A distinção entre o consentimento e as hipóteses de autocolocação parece mais evidente, uma vez que nesta o titular do bem jurídico é o autor da lesão, embora influenciado por outrem, enquanto no consentimento o titular apenas aquiesce com a lesão, sendo esta provocada por um terceiro. No que toca à heterocolocação consentida tampouco há convergência em relação ao consentimento. Não se pode negar, porém, que se trata de tema controverso na doutrina e que existem autores que defendem que a análise da heterocolocação perpassa necessariamente pela teoria do consentimento, a exemplo de Jorge de Figueiredo Dias³⁵⁴.

A parcela doutrinária que afasta o consentimento da heterocolocação consentida parece a mais adequada. A justificativa para tanto reside principalmente na distinção dos seus objetos, pois entende a doutrina majoritária que o consentimento recai sobre a ação e sobre o resultado³⁵⁵. Ao manifestar a sua vontade o consciente aquiesce não apenas com a conduta lesiva do terceiro, mas inclusive com o resultado que dela decorrerá. Essa situação, porém, é diversa da que ocorre

³⁵⁰ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Vítima, consentimento e imputação objetiva. **Revista Ciências Penais**. 2004, n. 1, jul./dez., p. 194.

³⁵¹ TAVARES, Juarez Estevam Xavier. O consentimento do ofendido no direito penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. 1969, v. 12, n. 0, p. 264-265. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7163/5114>. Acesso em: 09 jan. 2020.

³⁵² *Ibidem*, p. 264.

³⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 488.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 477-478.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 477.

na heterocolocação consentida. Nas hipóteses que envolvem risco dificilmente a vítima fornece a sua aquiescência com a consciência de que o resultado de fato irá se produzir³⁵⁶. É dizer, a vítima concorda com o risco, mas não espera que a lesão irá efetivamente ocorrer. Por isso, não se pode dizer que a sua vontade é manifestada de modo a abranger a ação e o resultado. Ao contrário, quando o indivíduo expõe a risco seu bem jurídico ele está anuindo com o risco em si, e não com o resultado lesivo³⁵⁷.

Diante do exposto, fica evidente a impossibilidade de enquadramento da situação objeto do presente trabalho – a voluntariedade do sujeito soronegativo na transmissão sexual do vírus HIV – nas hipóteses de consentimento. Em verdade, não anui o indivíduo soronegativo com a transmissão do vírus em si, mas apenas com o risco da sua ocorrência, uma vez que não se trata de resultado certo. Ademais, a prática de sexo desprotegido pelos indivíduos sorodiscordantes não se pauta necessariamente no desejo de transmissão, mas envolve, como examinado em momento anterior, a confiança que o indivíduo deposita no seu parceiro ou mesmo o prazer que pode decorrer da própria ideia do “perigo”³⁵⁸ atrelado à conduta.

4.1.3 Construções da vitimodogmática

O surgimento do direito penal alterou as formas de solução dos crimes, os quais deixaram de ser punidos através da vingança pessoal e passaram a ser solucionados pelo Estado, detentor, a partir desse momento, do monopólio do *jus puniendi*³⁵⁹. Porém, com os estudos acerca da Vitimologia e da moderna Criminologia conferiu-se maior relevância à atuação da vítima no processo penal, sobretudo porque passou-se a entender o delito “como uma interação entre o delinquente, a vítima e a

³⁵⁶ ROXIN, Claus. *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal*. **Revista para el Análisis del Derecho**. 2013, n. 1, p. 11. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/958.pdf>. Acesso em: 14 maio 2019.

³⁵⁷ ANDRADE, Manoel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Editora Almedina, 1991, p. 307.

³⁵⁸ SILVA, Luís Augusto Vasconcelos da. Prazer sem camisinha: novos posicionamentos em redes de interação online. **Cadernos Pagu**. 2010, jul./dez., p. 256. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0104-83332010000200009&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 11 out. 2019.

³⁵⁹ SANTANA, Selma Pereira de. Uma visão atualizada das vítimas de delitos diante dos modelos das ciências criminais e do Direito Processual Penal. **Revista do CEPEJ – Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia**. 2008, v. 1, p. 88-89.

sociedade”³⁶⁰. A criação da Vitimologia proporcionou o redescobrimto da vítima, afirmando a relevância da sua atuação durante a empreitada delitiva e impondo a adoção de respostas sociais e estatais diferenciadas e adequadas a cada caso e a cada vítima³⁶¹.

Não obstante atualmente a vítima ainda seja tratada, em algumas situações, com distanciamento, dúvida e preconceito (especialmente quando faz parte de grupos discriminados socialmente)³⁶², não se pode negar que a Vitimologia vem alterando o pensamento acerca da sua relevância para o direito penal. No Brasil, percebe-se tal influência principalmente quando se trata do procedimento adotado pela Lei 9.099/95, o qual prevê a participação ativa da vítima na persecução penal³⁶³.

A possibilidade de valoração da conduta do titular do bem jurídico está igualmente presente no campo da vitimodogmática. A vitimodogmática, originada dos estudos da Vitimologia, questiona de quais formas pode o comportamento da vítima influenciar na responsabilização do autor, seja para atenuá-la ou mesmo para afastá-la³⁶⁴. Enquanto a Vitimologia se ocupa do estudo da vítima e do seu comportamento na busca por formas de prevenção e redução dos crimes³⁶⁵, a vitimodogmática promove a aplicação desse mesmo comportamento no âmbito da dogmática penal.

A vitimodogmática valora a conduta do titular do bem a partir de uma relação entre o merecimento da proteção a que este faz jus e o merecimento da pena a ser aplicada ao agente³⁶⁶. Para tanto, os seus adeptos, dentre os quais se sobressai especialmente Bernd Schünemann, elaboraram o princípio da

³⁶⁰ SANTANA, Selma Pereira de. Uma visão atualizada das vítimas de delitos diante dos modelos das ciências criminais e do Direito Processual Penal. **Revista do CEPEJ – Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia**. 2008, v. 1, p. 90.

³⁶¹ TERÁM, Sergio Cuarezma. *La Victimología*. In: **Estudios Básicos de Derechos Humanos**. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, v. 5, p. 301-302. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12064.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2020.

³⁶² O processos de vitimização são um grande reflexo da persistência do preconceito e do descrédito com os quais ainda se trata a vítima, seja quando da investigação e do processamento pelo Estado ou mesmo quando da sua reinserção no seio familiar e social.

³⁶³ SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 50-53.

³⁶⁴ RODRÍGUEZ, Camilo Iván Machado. *La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor (hacia una teoría unívoca)*. **Revista Derecho Penal y Criminología**. 2010, n. 90, vol. 31, jan./jun., p. 97. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/451/432>. Acesso em: 15 maio 2019.

³⁶⁵ MOREIRA FILHO, Guaracy. **Vitimologia: o papel da vítima na gênese do delito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 25.

³⁶⁶ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 96.

autorresponsabilidade³⁶⁷. Segundo este, a violação ao bem jurídico da vítima deixa de ser penalmente relevante quando ela se comporta de forma contrária ao “dever de autoproteção”, o qual se materializa através da prática de comportamentos e medidas possíveis e razoáveis de proteção frente aos bens jurídicos. Se a vítima podia se opor à lesão ao seu bem e não o fez, não caberia ao Estado atuar. Ou seja, o direito penal só pode intervir quando a atuação da vítima não for suficiente para repelir a violação dos bens em perigo³⁶⁸.

Nesse contexto, a vitimodogmática se materializa em duas correntes. Para uma corrente entendida como moderada, o princípio da autorresponsabilidade poderia ser aplicado a quaisquer crimes, desde que a análise do caso concreto assim o permitisse. Porém, a ideia acerca do merecimento da proteção só poderia ensejar a atenuação da pena do agente. Para que se transcendesse a mera atenuação, afetando também a tipicidade, seria necessária a previsão expressa em lei³⁶⁹.

Para a corrente radical a aplicação do princípio ocorreria de forma diversa, partindo-se da diferenciação entre duas categorias de crimes: os crimes de relação e os de intervenção. A primeira espécie corresponde aos crimes que possuem consumação atrelada a atos de disposição da vítima, como o consentimento³⁷⁰. É dizer, se a vítima não contribuir para a realização do resultado, o crime não poderá se consumir, a exemplo do que ocorre nos crimes de estelionato e apropriação indébita³⁷¹. Os crimes de intervenção, ao contrário, não dependem de quaisquer condutas por parte da vítima para que sejam consumados³⁷².

Para a referida corrente, a aplicação do princípio da autorresponsabilidade em relação aos crimes de intervenção ocorre de forma similar à defendida pela corrente moderada. Isso significa, portanto, que a análise do merecimento da tutela penal irá ensejar, no máximo, a atenuação da pena do agente. Para os crimes de relação, contudo, o princípio da autorresponsabilidade poderá superar a mera análise da pena, afetando a própria estrutura do delito. Nesse caso, ambas a tipicidade e a

³⁶⁷ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *La “victimo-dogmatica” en el derecho extranjero*. In: BERISTAIN, Antonio; CUESTA, José Luis de la. (Ed.). *Victimología*. San Sebastián: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 1990, p. 109.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 110.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 109-111.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 111.

³⁷¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97.

³⁷² SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *Op. cit.*, 1990, p. 111.

responsabilidade criminal do agente seriam afastadas³⁷³. Logo, a atuação irresponsável ou descuidada da vítima face aos seus bens jurídicos poderia ensejar o retraimento absoluto do direito penal na proteção desses bens, com a completa isenção de pena para os indivíduos.

Ressalte-se que o princípio da autorresponsabilidade encontra maior aceitação sob a forma da teoria moderada, sendo considerada a corrente prevalente e majoritária³⁷⁴. Parece ter optado o ordenamento brasileiro pela referida teoria, em razão de ter previsto expressamente no art. 59 do Código Penal³⁷⁵ a possibilidade de que o comportamento da vítima seja valorado pelo magistrado quando da fixação da pena³⁷⁶, podendo atenuar a sanção aplicada.

Não é de forma infundada que a teoria radical da vitimodogmática mostra-se passível de posicionamentos negativos. A primeira crítica a ser apontada diz respeito à excessiva responsabilidade que confere à vítima. A responsabilidade é transferida do agente para a vítima, passando esta a ser a verdadeira responsável pelo sucesso ou não da empreitada criminosa³⁷⁷. A corrente compromete a segurança jurídica que se busca com a própria aplicação da lei, uma vez que priva o titular do bem da certeza de quais serão as hipóteses em que será resguardado pelo ordenamento jurídico. Ademais, promove um regresso às formas de “justiça privada”, impondo à vítima o dever de autodefesa e negando o caráter público da esfera criminal³⁷⁸.

O direito penal, enquanto forma de manifestação do *jus puniendi* estatal, pauta-se em um acordo firmado entre o Estado e a sociedade, no sentido de que, para garantir o convívio e a ordem social, o poder para impor e executar sanções aos indivíduos deve centralizar-se na figura do Estado. Há uma verdadeira renúncia do direito de vingança e de imposição da força individual por parte dos titulares dos

³⁷³ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *La “victimo-dogmatica” en el derecho extranjero*. In: BERISTAIN, Antonio; CUESTA, José Luis de la. (Ed.). **Victimología**. San Sebastián: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 1990, p. 109.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 111.

³⁷⁵ Art. 59, Código Penal: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]”.

³⁷⁶ PORTUGAL, Daniela. Criminologia crítica e o papel da vítima no Direito Penal. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. 2012, vol. 4, p. 131.

³⁷⁷ MELIÁ, Manuel Cancio. *La exclusión de la tipicidade por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)*. **Cuadernos de Conferencias y Artículos**. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 1998, n. 19, p. 46.

³⁷⁸ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *Op. cit.*, 1990, p. 110.

direitos considerados, os quais autorizam que tal atuação seja de competência estatal³⁷⁹. A evolução dos cenários de justiça privada promove a manutenção de maior equilíbrio e paz sociais, possibilitando a coexistência dos direitos individuais³⁸⁰.

O princípio da autorresponsabilidade e o dever de autoproteção surgidos no âmbito da corrente radical da vitimodogmática decorrem de uma percepção extremada dos princípios da *ultima ratio* e da fragmentariedade, corolários do direito penal moderno³⁸¹. Os princípios em questão impõem que o direito penal atue apenas diante da ineficácia das demais formas de controle privadas ou estatais, exclusivamente em face daqueles bens jurídicos considerados mais relevantes pela sociedade³⁸², tendo em vista ser este o ramo jurídico que aplica as sanções mais radicais e restritivas para os indivíduos.

Para os autores, esses princípios não seriam aplicados somente no tocante à aplicação do direito penal, mas inclusive para determinar quais vítimas mereceriam a proteção penal³⁸³. Porém, a teoria parte de uma perspectiva extremada dos princípios, desconsiderando o fato de que uma das funções do direito em questão é a “função de pacificação”, uma vez que a sua existência confere aos indivíduos a confiança de que os seus conflitos serão solucionados, evitando que estes precisem se utilizar de formas de proteção “à margem do Direito”³⁸⁴.

Ainda, deve-se considerar a função eminentemente pública do ordenamento jurídico-penal, já que este constitui instrumento de controle e de manutenção da harmonia social, embora existam espaços para o exercício da liberdade individual. O próprio entendimento do direito penal enquanto resultado de um acordo realizado entre a sociedade e o Estado põe em evidência esse caráter³⁸⁵, considerando que o Estado exerce o seu poder punitivo em nome da coletividade. A

³⁷⁹ YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *La deslegitimación de la potestad penal: La crítica al poder sancionador del Estado*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000, p. 47-48.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 47.

³⁸¹ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *La “victimo-dogmática” en el derecho extranjero*. In: BERISTAIN, Antonio; CUESTA, José Luis de la. (Ed.). *Victimología*. San Sebastián: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 1990, p. 110.

³⁸² LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 39-40.

³⁸³ MELIÁ, Manuel Cancio. *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)*. *Cuadernos de Conferencias y Artículos*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998, n. 19, p. 43.

³⁸⁴ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *Op. cit.*, 1990, p. 110.

³⁸⁵ YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *Op. cit.*, 2000, p. 55-56.

corrente radical, ao conferir valor quase absoluto à fragmentariedade e à intervenção mínima, conduz à uma real desnaturalização desse direito³⁸⁶.

4.1.4 Imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima

O princípio da imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima, criado por Cancio Meliá, acresce ao princípio da autorresponsabilidade a construção relativa à imputação objetiva. Pautando-se igualmente no conceito de autonomia individual, o autor parte da premissa de que a autonomia impõe uma equivalente responsabilidade para o indivíduo – a isso denomina “binômio autonomia-responsabilidade”³⁸⁷. Reconhecer que um indivíduo é dotado de autonomia significa reconhecer que ele possui responsabilidade sobre os seus bens jurídicos, uma vez que pode, no exercício da sua liberdade, atuar frente a estes da forma que bem entender. Parte-se da premissa de que, considerando a especial relação com os seus bens jurídicos, a responsabilidade deve recair preferencialmente sobre o titular nos casos de lesões decorrentes de condutas arriscadas praticadas por ele próprio³⁸⁸.

A exigência de que se trate de indivíduo autônomo é ratificada pelo requisito de que não pode a conduta da vítima ter sido instrumentalizada pelo autor³⁸⁹. Ou seja, deve a conduta do titular do bem jurídico ser livre e esclarecida, exteriorizada nos limites da sua capacidade e poder de decisão. O princípio é a materialização, em âmbito jurídico, da máxima de que toda escolha traz consigo consequências.

A teoria aplica-se especificamente àquelas hipóteses em que há uma atuação conjunta por parte do titular do direito e do terceiro. Segundo o autor, a organização conjunta não se materializa necessariamente através da execução conjunta da atividade arriscada, mas pode ocorrer de diversas outras formas, como através de uma mera comunicação entre as partes³⁹⁰. Quaisquer condutas que extrapolem o contexto da organização conjunta e que não estejam de acordo com a

³⁸⁶ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97.

³⁸⁷ MELIÁ, Manuel Cancio. *La exclusión de la tipicidade por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)*. **Cuadernos de Conferencias y Artículos**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998, n. 19, p. 49-51.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 50.

³⁸⁹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Op. cit.*, 2015, p. 99.

³⁹⁰ MELIÁ, Manuel Cancio. *Op. cit.*, 1998, p. 64-65.

vontade manifestada pela vítima não estarão abarcadas pelo princípio, já que estariam indo de encontro à autonomia que se busca tutelar.

Nesse cenário, não há que se analisar a preponderância da conduta da vítima ou do terceiro sobre o resultado para a imputação do resultado – aqui se recorre à teoria da imputação objetiva. A análise da responsabilidade independe do dolo de cada um dos envolvidos e sequer do conhecimento do risco pela vítima, pois a teoria está despida de quaisquer requisitos subjetivos³⁹¹. Se objetivamente pode-se constatar a possibilidade de risco com a conduta, não é relevante determinar se a vítima efetivamente conhecia a existência do risco – a ela será imputado o resultado de qualquer maneira, desde que presentes os demais requisitos.

Um dos exemplos apresentados pelo autor corresponde às hipóteses em que um indivíduo mantenha relações sexuais com outrem, cujas circunstâncias pessoais indiquem a existência de um possível risco de transmissão de doenças, como as prostitutas. Em tais casos, seria indiferente que o indivíduo ou que a própria prostituta conhecesse a existência de uma doença ou mesmo compreendesse o risco. Tratando-se de imputação objetiva e de organização conjunta, de qualquer forma o risco seria imputado à vítima³⁹².

Afirma Cancio Meliá que o princípio é útil especialmente para aquelas hipóteses em que não é possível delimitar o âmbito de responsabilidade de cada agente sobre o resultado ou qual foi a conduta preponderante para a existência do risco, como a situação apresentada no presente trabalho, a respeito da transmissão sexual do HIV³⁹³. Independentemente de a quem se atribua maior responsabilidade sobre o risco de transmissão (ao indivíduo soronegativo ou ao soropositivo), tratando-se de vítima autônoma e de atuação conjunta, o risco seria inserido no âmbito de responsabilidade da vítima e, portanto, tornaria atípica a conduta do terceiro³⁹⁴.

De fato, o princípio da imputação à vítima tem o êxito de tratar acerca da transmissão sexual do HIV considerando a intrínseca relação de simultaneidade e de interdependência entre as condutas dos indivíduos envolvidos. Parte da premissa de que a transmissão sexual depende de uma atuação conjunta dos sujeitos

³⁹¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 99.

³⁹² MELIÁ, Manuel Cancio. *La exclusión de la tipicidade por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)*. **Cuadernos de Conferencias y Artículos**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998, n. 19, p. 61-62.

³⁹³ *Ibidem*, p. 58.

³⁹⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

sorodiscordantes, reconhecendo que não há, em regra, a preponderância de uma das condutas sobre a outra. Ainda, diferentemente do que foi analisado quanto às construções acerca da heterocolocação consentida e da autocolocação em risco, também dispensa o argumento de que um dos indivíduos seja mais “responsável” pela produção do risco, pois é indiferente o exame da relevância da conduta de um ou de outro para a produção do resultado.

A teoria reduz a responsabilidade que recai tradicionalmente sobre o sujeito soropositivo, mas acaba por, *a contrario sensu*, imputar completamente o resultado ao indivíduo soronegativo. Independentemente da relevância que seja atribuída a conduta do outro sujeito, a produção do resultado estará sempre inserida no âmbito de responsabilidade da vítima – ou, nesse caso, do titular do bem jurídico. Essa é a maior falha não apenas do princípio da imputação à vítima, como também do princípio da autorresponsabilidade apresentado anteriormente.

É de grande relevância compreender a situação em tela sob um enfoque de bilateralidade, admitindo que a transmissão sexual do HIV envolve condutas de igual valor praticadas por dois sujeitos. Não obstante o titular do bem jurídico possua uma relação especial com o direito violado, a responsabilidade pela manutenção de relações protegidas e seguras não é exclusivamente sua, mas sim de ambos os envolvidos.

4.2 A AUTONOMIA E A TUTELA DE INTERESSES COLETIVOS

A autonomia, enquanto valor intrinsecamente relacionado à dignidade da pessoa humana e ao ideal de respeito e de valorização dos indivíduos, perpassa pelo ordenamento jurídico brasileiro como um dos pilares para as condutas estatais e privadas. O princípio, embora não previsto expressamente em âmbito constitucional, pode ser facilmente extraído da relevância conferida pelo legislador às liberdades e aos direitos individuais. Para Luís Roberto Barroso, esse cenário é consequência do fato de que a Constituição Federal de 1988 materializou o rompimento com o contexto ditatorial no país, atuando como marco da redemocratização brasileira³⁹⁵.

³⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**. 2010, vol. 28, p. 262. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>. Acesso em: 17 maio 2019.

O advento da autonomia como símbolo de ruptura com o autoritarismo fez com que, em grande medida, esse valor passasse a ser entendido como “verdade incontestável”³⁹⁶, sendo entendida qualquer tentativa de limitação como hipótese de infundada interferência estatal. Considerando que a autonomia impõe o reconhecimento de que o ser humano possui controle e poder de escolha sobre a sua própria existência³⁹⁷, a discussão acerca das possibilidades da sua mitigação passa ser entendida como forma de violação ao Estado democrático e como mecanismo de recondução a contextos despóticos e excessivamente intervencionistas.

A sociedade moderna, caracterizada pela globalização, pelo consumismo e pelo hedonismo exacerbado, pareceu atrelar o ideal da autonomia à uma espécie de liberdade individual ilimitada e superior a quaisquer outros valores, conduzindo a uma realidade marcada por sujeitos isolados em si mesmos³⁹⁸. Dessa forma, instalou-se um cenário de aparente conflito entre o individual e o coletivo, no qual a tutela da autonomia ou dos interesses coletivos deve preponderar uma sobre a outra, “como se fosse possível pensar o individual sem o coletivo”³⁹⁹.

Tem-se a impressão de que se opera no direito penal brasileiro “um movimento de resistência da tutela de bens jurídicos supraindividuais”⁴⁰⁰, com fundamento na aparente supremacia dos valores individuais face aos coletivos⁴⁰¹. Tal tendência conduz parcela doutrinária a defender o garantismo penal apenas como a tutela dirigida aos direitos individuais e rejeitando a legitimidade da proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais⁴⁰², conforme tratado anteriormente.

Não há dúvidas quanto à relevância da autonomia para a concretização de um Estado humanista, pautado na valorização e no reconhecimento dos seres humanos enquanto detentores de liberdade, racionalidade e dignidade. Contudo, a tutela da autonomia tampouco pode ser entendida como fundamento para a adoção,

³⁹⁶ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 36.

³⁹⁷ BRAZ, Marlene. Autonomia: onde mora a vontade livre? *In*: CARNEIRO, Fernanda (Org.). **A Moralidade dos Atos Científicos: Questões emergentes dos Comitês de Ética em Pesquisa envolvendo seres humanos**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1999, p. 7. Disponível em: <http://www.ghente.org/publicacoes/moralidade/autonomia.htm>. Acesso em: 27 maio 2020.

³⁹⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Op. cit.*, 2015, p. 35.

³⁹⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴⁰⁰ SANTANA, Selma Pereira de. Uma crítica ao garantismo penal no Brasil: a hipossuficiência da proteção aos bens jurídicos supra-individuais. *In*: HIRECHE, Gamil Föppel El; SCARPA, Antonio Oswaldo (Orgs). **Temas de Direito Penal e Processual Penal: Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 561.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 549.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 558.

pelo ordenamento jurídico, de uma postura excessivamente individualista, com a predominância ilimitada dos direitos e das liberdades individuais⁴⁰³.

Impõe-se uma atuação estatal que vise a promoção da liberdade e da igualdade (tanto sob a ótica formal quanto material), o que perpassa, necessariamente, pelo reconhecimento de que certas condições de vida não podem ser obtidas pelo indivíduo isoladamente, unicamente com o exercício da sua liberdade – especialmente se for considerada a existência de distorções e de desigualdades materiais entre os grupos sociais⁴⁰⁴. É premente a intervenção estatal sobre processos econômicos, sociais e comerciais, através do reconhecimento de direitos coletivos e da busca pela coexistência e concretização das liberdades e dos direitos individuais⁴⁰⁵. Em verdade, a atuação estatal é de extrema importância na garantia de que cada um tenha a sua autonomia respeitada pelos demais.

O fato de a própria Constituição Federal de 1988 prever em seu texto direitos coletivos e sociais, além dos direitos individuais e direitos da personalidade, evidencia a necessidade de coexistência e de tutela de ambos os interesses⁴⁰⁶. Ainda, demonstra que o conceito clássico do direito penal garantista como sendo exclusivamente mecanismo de proteção das esferas individuais não se mostra adequado. O garantismo possui simultaneamente uma faceta negativa, impondo limites à intervenção estatal sobre a autonomia individual, mas, para além, importa também a obrigação do Estado de prover, ativa e socialmente, as condições necessárias ao exercício das personalidades individuais – a isso corresponde o garantismo positivo⁴⁰⁷.

A relação da autonomia com os demais valores constitucionais não pode ocorrer sob a ótica de uma prevalência indiscriminada. A existência harmoniosa entre os direitos individuais impõe a limitação dessas mesmas liberdades, possibilitando que todos desenvolvam as suas próprias personalidades e realizem as suas escolhas

⁴⁰³ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**. 2010, vol. 28, p. 263. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>. Acesso em: 17 maio 2019.

⁴⁰⁴ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 80.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 77.

⁴⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Op. cit.*, 2010, p. 263.

⁴⁰⁷ SANTANA, Selma Pereira de. Uma crítica ao garantismo penal no Brasil: a hipossuficiência da proteção aos bens jurídicos supra-individuais. In: HIRECHE, Gamil Föppel El; SCARPA, Antonio Oswaldo (Orgs). **Temas de Direito Penal e Processual Penal**: Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 560-561.

sem serem violados pelo exercício dos direitos dos demais⁴⁰⁸. Logo, pode ser necessária a mitigação da autonomia individual para que se compatibilize a tutela do individual com a do coletivo⁴⁰⁹, uma vez que o interesse coletivo perpassa pela exigência de que se mantenha e se respeite, simultaneamente, uma sociedade composta por sujeitos autônomos. Ainda, muitas decisões tomadas individualmente pelos sujeitos podem conduzir a uma afetação não apenas de seus próprios interesses, mas inclusive de interesses de terceiros⁴¹⁰ ou mesmo da coletividade, a exemplo do quanto tratado acerca do HIV e da saúde pública.

Embora a manifestação da autonomia esteja associada intrinsecamente ao ideal de dignidade, essa relação não implica a “prioridade léxica do princípio de autonomia pessoal sobre qualquer outro princípio moral”⁴¹¹. Ou seja, a autonomia deve ser entendida como importante valor a limitar a interferência estatal sobre a liberdade individual, permitindo que as personalidades de cada sujeito se manifestem da maneira que mais lhes convém. Porém, esse poder de escolha configura um valor *prima facie*, e não absoluto. Em confronto com outros princípios mais (ou igualmente) relevantes, poderá ele ser mitigado⁴¹².

A necessidade de mitigação da autonomia em certas hipóteses mostra-se ainda mais evidente quando se observa o cenário das vulnerabilidades. Afirmar a autonomia enquanto valor primeiro e absoluto, reduzindo as possibilidades de interferência do Estado na vida dos cidadãos, pode acentuar a exclusão social e agravar as vulnerabilidades⁴¹³, principalmente se considerado o cenário econômico-social brasileiro, marcado por situações latentes de desigualdades e de falta de acesso a condições mínimas de subsistência.

⁴⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**. 2010, vol. 28, p. 255. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>. Acesso em: 17 maio 2019.

⁴⁰⁹ BARRETO NETO, Heráclito Mota. Paternalismo Jurídico-Penal, Autonomia e Vulnerabilidade: Critérios de Legitimação de Intervenções Paternalistas sobre a Autonomia Individual em Matéria Penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**. 2015, vol. 1, n. 2, jul./dez., p. 123. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/36/pdf>. Acesso em: 17 maio 2019.

⁴¹⁰ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Op. cit.*, 2010, p. 255.

⁴¹¹ SCHRAMM, Fermin Roland. A bioética da proteção em saúde pública. In: FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (Orgs.). **Bioética e saúde pública**. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 76.

⁴¹² BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 144.

⁴¹³ KOTTOW, Miguel. **Participación informada en clínica e investigación biomédica: Las múltiples facetas de la decisión y el consentimiento informado**. Bogotá: UNESCO. 2007, p. 24. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000161853>. Acesso em: 30 abr. 2019.

A prevalência da autonomia ocasionaria a aceitação, pelo Estado, de que caberia a cada indivíduo promover a satisfação dos seus direitos individuais e o desenvolvimento das suas personalidades, ignorando a existência de hipossuficiências⁴¹⁴ e, conseqüentemente, afastando-se do objetivo de obtenção de uma maior isonomia material. É por isso que mesmo os autores mais radicais na defesa do antipaternalismo não podem negar a necessidade de intervenção estatal sobre a autonomia individual em diversas situações, garantindo uma real proteção das vulnerabilidades e da dignidade dos indivíduos.

Trata-se, portanto, de conflito aparente entre as esferas individuais e coletiva, representadas, respectivamente, pela autonomia individual e pelos direitos coletivos e supraindividuais. Diz-se aparente, pois não há, de fato, uma impossibilidade de coexistência dos referidos valores. Ao contrário, há uma complementariedade entre os direitos individuais e coletivos⁴¹⁵, tendo em vista que a concretização destes conduz, em última análise, a um espaço mais propício à materialização das personalidades de cada sujeito. De fato, certas situações demandarão uma mitigação da autonomia face aos interesses coletivos, o que não implica, contudo, a contrariedade entre os valores respectivos.

No cerne da referida discussão insere-se o objeto do presente trabalho. A transmissão sexual do vírus HIV e a voluntariedade do parceiro soronegativo na sua ocorrência caracterizam verdadeira forma de materialização da autonomia dos sujeitos, especialmente no tocante à sua liberdade sexual e afetiva. Porém, a discussão acerca do tema não envolve apenas interesses individuais, mas inclusive bem jurídico de natureza supraindividual – a saúde pública.

As ações e interferências estatais pautadas na saúde pública buscam interferir no processo saúde-doença da coletividade, com a finalidade de promover melhorias à saúde das populações, e não de indivíduos isolados. Por isso, é compreensível que tal busca conduza a situações de conflito entre as liberdades individuais e a tutela do coletivo, limitando o espaço de atuação dos sujeitos em face de uma proteção ampliada⁴¹⁶.

⁴¹⁴ PORTUGAL, Daniela. Criminologia crítica e o papel da vítima no Direito Penal. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. 2012, vol. 4, p. 138.

⁴¹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 107.

⁴¹⁶ FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. Bioética e saúde pública: entre o individual e o coletivo. *In*: FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (Orgs.). **Bioética e saúde pública**. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 17.

As situações de transmissão sexual voluntária do vírus HIV expõem o aparente impasse apresentado entre as esferas individuais e coletiva e exacerba a necessidade de que se observe ambos os aspectos, “na sua tentativa de conciliar a lógica da ‘saúde’ das populações com a lógica dos prazeres individuais”⁴¹⁷. Considerando o cenário de valorização da autonomia e dos direitos individuais, poder-se-ia sustentar que a assunção do risco da transmissão, pelos indivíduos sorodiscordantes, é tema de interesse único e exclusivo dos sujeitos envolvidos, não cabendo ao Estado, em hipótese nenhuma, intervir sobre tais condutas. Porém, para além dos interesses individuais envolvidos, não se pode negar que existem fatores externos, sociais e culturais influenciando as decisões individuais e, ainda, conferindo maior relevância às condutas.

Veja-se que, sob a ótica dos direitos individuais envolvidos (como a integridade e a saúde), não há que se negar a possibilidade de que o sujeito, no exercício da sua autonomia, opte por colocar em risco seus bens jurídicos. Nesses casos, a voluntariedade dos soronegativos configuraria situação de autocolocação em risco, conforme se sustentou previamente. Contudo, o mesmo não se opera sob a ótica do direito supraindividual da saúde pública, o que significa que, no tocante a esse bem, não há a possibilidade de disposição pelo indivíduo. Em verdade, trata-se de uma questão de ilegitimidade para o exercício do poder de disposição por parte do indivíduo isolado⁴¹⁸.

No tocante aos bens jurídicos individuais, há, *a priori*, possibilidade de disposição pelo seu titular. Porém, aos bens jurídicos supraindividuais não se aplica a hipótese de disponibilidade por um motivo de legitimidade – não cabe ao indivíduo dispor de um direito que não é apenas seu⁴¹⁹. Considerando a titularidade coletiva do bem, o sujeito isoladamente considerado não é dotado de poder para dele dispor. O fato de o bem jurídico transcender a esfera do individual, afetando também a esfera coletiva, faz surgir, em relação a este, uma hipótese de indisponibilidade⁴²⁰, tendo em

⁴¹⁷ ÉVORA, Iolanda; GIOVANNETTI, Andrea. A Aids como construção social. **Revista USP**. 1997, n. 33, mar./maio, p. 133. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/35046/37784>. Acesso em: 29 nov. 2019.

⁴¹⁸ Poder-se-ia analisar a questão a partir da aceitação do paternalismo estatal na modalidade indireta. Contudo, conforme tratado em momento anterior, questiona-se se as hipóteses de paternalismo indireto constituiriam verdadeiras formas de paternalismo ou se, ao contrário, materializariam apenas um dos objetivos do direito penal.

⁴¹⁹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60.

⁴²⁰ *Idem*. O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis. **Revista de Ciências Jurídicas**. 2008, v. 6, n. 1, jan./jun., p. 226.

vista a sua relevância social. A impossibilidade de disposição individual em relação à saúde pública torna inviável, sob a ótica jurídica, a própria voluntariedade do indivíduo soronegativo na transmissão do vírus HIV.

Ressalte-se que afirmar a ilegitimidade individual para disposição da saúde pública não é sinônimo de afirmar a ilegitimidade sobre o bem jurídico saúde individual. A dimensão coletiva da saúde não impacta necessariamente a dimensão individual desse direito, considerando que, conforme exposto em momento oportuno, os conceitos não se confundem e tampouco se excluem. Ou seja, a circunstância de ser a saúde pública tutelada enquanto direito coletivo não afasta a tutela da saúde individual dos membros da comunidade⁴²¹. Logo, se o cenário apresentado se relacionasse exclusivamente com o direito à saúde individual não haveria óbice à disposição pelo seu titular ou à autocolocação em risco desse direito.

Não obstante, a vedação à voluntariedade sob o fundamento da tutela da saúde pública não deve ser entendida de forma absoluta. Tendo em vista a possibilidade de inúmeras especificidades no contexto do diagnóstico do HIV, tratar todas as hipóteses de relações sexuais desprotegidas mantidas por sorodiscordantes como situações absolutamente arriscadas e atentatórias à saúde pública seria, no mínimo, desproporcional e inadequado.

O tratamento com antirretrovirais, se realizado pelo soropositivo de forma adequada e no início do quadro, pode conduzir a sua carga viral a um nível indetectável e, portanto, intransmissível⁴²². No mesmo sentido, a adoção da PrEP (Profilaxia Pré-Exposição) pelos sujeitos soronegativos, desde que observados os cuidados no tocante ao tratamento, pode evitar a transmissão do vírus, tornando o organismo do indivíduo resistente à doença⁴²³. Percebe-se, pois, que certas relações não importarão qualquer lesão ou ameaça de lesão para a saúde pública.

A interferência do direito penal sobre as referidas hipóteses desvirtuaria o próprio fundamento da atuação jurídico-penal enquanto mecanismo de tutela de bens

⁴²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 217.

⁴²² PROGRAMA CONJUNTO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE HIV/AIDS (UNAIDS). **Indetectável = intransmissível**. 2018. Disponível em: https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Indetect%C3%A1vel-intransmiss%C3%ADvel_pt.pdf. Acesso em: 08 out. 2018.

⁴²³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Profilaxia Pré-Exposição (PrEP). Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/prevencao-combinada/profilaxia-pre-exposicao-prep#:~:text=A%20Profilaxia%20Pr%C3%A9%20Exposi%C3%A7%C3%A3o%20ao,ter%20contato%20com%20o%20v%C3%ADrus>. Acesso em: 03 jul. 2020.

jurídicos⁴²⁴. Se não houver um risco real de lesão à saúde pública, como ocorre nos casos apresentados, uma mitigação da autonomia individual representará uma violação indevida e arbitrária da liberdade sexual e dos direitos individuais dos sujeitos, tendo em vista que não haveria a incidência de quaisquer interesses de natureza coletiva.

Não cabe ao Estado ou ao direito penal “culpabilizar” os sujeitos por seus comportamentos no tocante à sua vida privada e sexual⁴²⁵, de forma que não pode haver a incidência do direito penal em situações que sequer geram perigo ou ameaça de lesão a bens jurídicos, unicamente com fundamentos de índole moral ou cultural. Portanto, a limitação da autonomia em razão da saúde pública depende da existência de um efetivo risco no âmbito das relações, o que não ocorrerá, conseqüentemente, se não houver uma chance mínima de transmissão⁴²⁶.

Há de se ressaltar que o fato de a tutela penal dos bens jurídicos supraindividuais dar-se geralmente através da análise presumida do risco não afasta a possibilidade (e a necessidade) de que sejam observadas as especificidades do caso concreto, de forma a garantir uma atuação estatal proporcional e individualizada, bem como uma imputação adequada. O fato de tratar-se de situação na qual o risco é examinado *a priori* não significa que não deverão ser analisados aspectos subjetivos e objetivos específicos de cada situação. Ainda que seja hipótese de perigo abstrato, deve esse perigo efetivamente existir⁴²⁷.

Nos casos em que inviável a transmissão, não havendo qualquer risco para a saúde pública, só haverá a afetação dos bens jurídicos individuais daquele que voluntariamente aceita o risco da transmissão, se envolvendo em relações sexuais desprotegidas com parceiros soropositivos. Dessa forma, considerando que os bens jurídicos são individuais, pode o indivíduo deles dispor e, conseqüentemente, aquiescer com situações que possam gerar possíveis lesões a estes. Inexistindo risco

⁴²⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta**. Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta#_ftn1_8953. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁴²⁵ FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. Bioética e saúde pública: entre o individual e o coletivo. In: FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (Orgs.). **Bioética e saúde pública**. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 22.

⁴²⁶ BARRANCO, Norberto Javier de la Mata; MACHÍO, Ana Isabel Pérez. **VIH: la necesaria descriminalización**. Disponível em: <https://almacenederecho.org/vih-la-necesaria-descriminalizacion/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

⁴²⁷ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 117-120.

para o interesse coletivo, rejeitar a validade da autonomia desses indivíduos, afastando a possibilidade de que atuem perante os seus direitos individuais da forma que melhor entenderem constitui interferência inadequada e desproporcional por parte do direito penal e do Estado.

Embora se reconheça a necessidade da tutela dos interesses coletivos, tampouco pode esse cenário conduzir a um “controle que esmague as individualidades”⁴²⁸, devendo-se buscar as maneiras mais adequadas de proteção social, mas sem ignorar o fato de que os indivíduos não devem ser utilizados como ferramentas para a implementação dessa tutela. Tratar de forma indiscriminada e alheia às especificidades todas as situações de relações desprotegidas entre indivíduos sorodiscordantes importa a agravação da já existente vulnerabilidade dos soropositivos, além da limitação indevida da sua autonomia individual e liberdade sexual, com fundamento em argumento de índole unicamente moral.

⁴²⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis. **Revista de Ciências Jurídicas**. 2008, v. 6, n. 1, jan./jun., p. 230.

5 CONCLUSÃO

As questões relacionadas à liberdade sexual dos indivíduos figura como uma das formas de manifestação da sua autonomia, impondo, *a priori*, o reconhecimento de que seriam ilegítimas quaisquer interferências ou influências estatais sobre tal esfera de intimidade dos sujeitos. Nesse sentido, poder-se-ia sustentar que as situações de transmissão do vírus HIV através de relações sexuais desprotegidas entre indivíduos sorodiscordantes estaria absolutamente fora da alçada estatal, considerando o fato de que estão intrinsecamente atreladas à manifestação da autonomia individual no âmbito da sua intimidade.

O contexto mundial no que diz respeito ao combate e ao controle da epidemia do HIV, contudo, demonstra que não se trata de tema relacionado apenas às esferas individuais dos sujeitos envolvidos, mas, ao contrário, de matéria que envolve o interesse da coletividade. Tendo em vista os constantes esforços despendidos pela comunidade global e pelos órgãos internacionais, a busca por mecanismos que possibilitem a redução dos índices de mortalidade e de transmissão associados a doença demonstram que a questão da transmissão do HIV envolve, para além de direitos individuais, a saúde pública.

Ainda, o contexto social brasileiro evidencia o fato de que as relações sexuais desprotegidas e a consequente admissão do risco de eventual transmissão revelam-se, muitas vezes, como verdadeiras manifestações da desigualdade de gênero latente na cultura do país. As taxas de transmissão do vírus têm crescido de forma mais acentuada entre o sexo feminino, se comparadas às do sexo masculino. A aceitação, pelas mulheres, da manutenção de relações sexuais desprotegidas com os seus parceiros é vista, por estas, como uma “prova de amor” e de confiança, mas, para além, pode resultar de um receio das represálias que poderão ensejar nos parceiros. Vê-se, pois, a incidência de aspectos sociais e culturais sobre as relações íntimas e privadas amplamente consideradas, evidenciando que as condutas não decorrem unicamente da manifestação da autonomia dos sujeitos.

O entendimento acerca do predomínio do instituto da autonomia individual que parece ter se instalado no ordenamento jurídico brasileiro ao longo dos anos, estendendo-se igualmente ao âmbito do direito penal, faz surgir um juízo de ponderação excludente entre os valores individuais e a tutela do coletivo. Em uma sociedade fortemente marcada pelo individualismo, o instituto da autonomia passa a

assumir contornos extremados, sendo entendidas como indevidas quaisquer tentativas de mitigação da liberdade individual face a circunstâncias externas. Porém, a tutela da autonomia e do espaço individual de concretização dos direitos individuais não deve conduzir a um discurso em que sujeitos autônomos tornem-se hermeticamente isolados em si mesmos.

É no contexto social e nas relações que o indivíduo desenvolve com o ambiente circundante que se exterioriza a sua autonomia, não se podendo desconsiderar, portanto, a existência de uma complementariedade entre os direitos individuais e os coletivos. Apenas com o reconhecimento e com a proteção dos interesses sociais pode-se alcançar uma efetiva tutela dos bens jurídicos individuais, possibilitando a manifestação da autonomia individual de cada sujeito, sem que se desconsiderem as demais. É dizer, apenas com a observância do coletivo pode-se criar um espaço no qual os interesses individuais operem de forma harmônica, sendo igualmente valorizados.

Nesse cenário é que se mostra inviável a voluntariedade do sujeito soronegativo no sentido de colocar em risco os interesses coletivos decorrentes das situações de transmissão do HIV. Veja-se que tal situação decorre da titularidade coletiva do bem jurídico saúde pública, o que significa que, se a titularidade do bem não é conferida individualmente a cada um, não pode cada indivíduo dele dispor.

Ressalte-se que isso não se confunde com a disposição dos bens jurídicos individuais igualmente identificados nas situações em tela. No tocante a bens jurídicos como a integridade física e a saúde individuais não haveria óbices à colocação em risco pelo seu titular, configurando verdadeira situação de autocolocação em risco – enquadrar a conduta como hipótese de heterocolocação consentida opera um juízo de valor excessivamente discriminatório em relação aos sujeitos HIV positivo, pois estes passam a ser vistos como meros vetores da doença. Portanto, na hipótese de o vírus HIV vir a se tornar efetivamente controlado, surgindo um cenário no qual deixe de se tratar de questão de interesse social e global e, conseqüentemente, torne-se alheio à saúde pública, não haverá, *a priori*, obstáculos à uma aceitação, por parte do sujeito soronegativo, quanto ao risco de eventual transmissão.

Relevante apontar, porém, que a intervenção penal sobre a conduta, retirando a validade da autonomia do indivíduo HIV negativo, pressupõe um cenário no qual haja efetivamente um risco à saúde pública. O fato de a tutela de bens jurídicos coletivos ocorrer de forma mais evidente através da análise prévia e em abstrato do

risco não significa que todas e quaisquer situações de relações desprotegidas entre sorodiscordantes será tutelada indistintamente pelo direito penal. Circunstâncias externas podem conduzir a um cenário no qual não haja qualquer risco de transmissão da doença, a exemplo dos casos em que a utilização dos tratamentos antirretrovirais conduz a carga viral do soropositivo a um nível intransmissível, no qual não há qualquer risco de transmissão da doença.

Impor a aplicação do direito penal e o afastamento da autonomia dos indivíduos em tais casos promove uma violação indevida e desproporcional sobre o espaço de liberdade individual dos sujeitos, já que não há, em última análise, a proteção de nenhum bem jurídico coletivo, considerando a inexistência de risco de lesão à saúde pública. Seria, portanto, um desvirtuamento da própria função do direito penal enquanto instrumento de proteção dos bens jurídicos mais relevantes à sociedade, transformando-se em mero mecanismo de repressão moral e de controle dos estilos de vida individuais. Logo, para que haja uma adequada ponderação entre a autonomia individual, manifestada especialmente através da liberdade sexual, e a saúde pública, é necessário que de fato haja um perigo de lesão à coletividade. Não sendo essa a hipótese, impor-se-á o respeito às escolhas do sujeito no âmbito da sua intimidade, prevalecendo o exercício da sua autonomia individual.

Nesse sentido, o reconhecimento da vulnerabilidade dos soropositivos é de extrema relevância, tendo em vista que evidencia o fato de que os indivíduos HIV positivo compõem um grupo verdadeiramente vulnerável, rejeitando-se como fundamentos argumentativos questões de cunho meramente moral, religioso ou cultural. Tendo em vista a especial condição que recai sobre essa parcela da sociedade, considerando não apenas as questões clínicas atreladas ao diagnóstico da doença, mas principalmente os aspectos sociais decorrentes da ignorância e do preconceito, é evidente que a intervenção estatal e a atuação jurídico-penal deve ocorrer de forma proporcional e adequada, visando uma verdadeira compatibilização entre a autonomia dos indivíduos e o interesse social. De modo contrário, obter-se-á, para além de uma violação do espaço de decisão individual, um significativo agravamento das já existentes vulnerabilidades que recaem sobre esse grupo.

REFERÊNCIAS

ABREU, Daisy Maria Xavier de; CARNEIRO, Mariângela; FRANÇA, Elisabeth Barboza; GUIMARÃES, Mark Drew Crosland. Mortalidade por HIV/Aids no Brasil, 2000-2015: motivos para preocupação? **Revista Brasileira de Epidemiologia**. 2017, vol. 20, maio, p. 182-190. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbepid/v20s1/1980-5497-rbepid-20-s1-00182.pdf>. Acesso em: 08 out. 2018.

ALEMANY, Macario. *El concepto y la justificación del paternalismo*. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. 2005, vol. 28, p. 265-303. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10012>. Acesso em: 18 abr. 2020.

ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da Pessoa: Dois Paradigmas Opostos ou Complementares na Bioética? *In*: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 73-94.

ANDRADE, Carla L. Tavares de; BASTOS, Francisco Inácio; ESTEVES, Maria Angela Pires; SWARCWALD, Celia Landmann. A disseminação da epidemia da AIDS no Brasil, no período de 1987-1996: uma análise espacial. **Cadernos de Saúde Pública**. 2000, vl. 16, n. 2, p. 7-19. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v16s1/2209.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

ANDRADE, Manoel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Editora Almedina, 1991.

ANJOS, Márcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. **Revista Brasileira de Bioética**. 2006, vol. 2, n. 2, p. 173-186. Disponível em: https://rbbioetica.files.wordpress.com/2014/11/rbb2-2_completa.pdf. Acesso em: 03 abr. 2017.

ARAGÃO, Jéssika Chaves de Oliveira. As possíveis formas de tutela dos bens jurídicos supraindividuais decorrentes da sociedade do risco. **Revista da EJUSE**. 2015, n. 23, p. 271-287.

BANDEIRA, Lourdes Maria; GARRAFA, Volnei; GONÇALVES, Erli Helena. Ética e desconstrução do preconceito: doença e poluição no imaginário social sobre o HIV/Aids. **Revista Bioética**. 2011, v. 19, n. 1, p. 159-178. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/613/630. Acesso em: 11 out. 2019.

BARRANCO, Norberto Javier de la Mata; MACHÍO, Ana Isabel Pérez. **VIH: la necesaria descriminalización**. Disponível em: <https://almacenederecho.org/vih-la-necesaria-descriminalizacion/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

BARRETO NETO, Heráclito Mota. O princípio constitucional da autonomia individual. **Boletim Científico ESMPU**, n. 42-43, jan./dez., 2014, p. 331-366. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro->

dezembro-2014/o-principio-constitucional-da-autonomia-individual. Acesso em: 30 abr. 2019.

BARRETO NETO, Heráclito Mota. Paternalismo Jurídico-Penal, Autonomia e Vulnerabilidade: Critérios de Legitimação de Intervenções Paternalistas sobre a Autonomia Individual em Matéria Penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**. 2015, vol. 1, n. 2, jul./dez., p. 112-143. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/36/pdf>. Acesso em: 17 maio 2019.

BARROS, Sandra Garrido de; SILVA, Ligia Maria Vieira da. A terapia antirretroviral combinada, a política de controle da Aids e as transformações do Espaço Aids no Brasil dos anos 1990. **Saúde Debate**. 2017, v. 41, n. 3, p. 114-128. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v41nspe3/0103-1104-sdeb-41-spe3-0114.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2019.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**. 2010, v. 38, p. 235-274. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>. Acesso em: 04 dez. 2019.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil: breves reflexões. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. 2006, n. 8, jun., p. 229-267. Disponível em: <http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista08/Artigos/WesleyLousada.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 25.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6.ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BORTOLOTTO, Franciane Woutheres; SCHWARTZ, Germano. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. 2008, ano 45, n. 177, jan./mar., p. 257-264. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160191/Dimens%c3%a3o_prestacional_direito_saude_177.pdf?sequence=7&isAllowed=y. Acesso em: 12 maio 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta.** Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta#_ftn1_8953. Acesso em: 03 jun. 2020.

BOZZA, Fábio da Silva. **Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal.** 2014. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba. Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/35862>. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. **Lei 9.313**, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. Brasília, DF, 13 nov. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9313.htm. Acesso em: 01 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 98.712/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DJ 17 dez. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617972>. Acesso em: 31 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 160.982/DF, Quinta Turma. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado em 17 maio 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22087923&num_registro=201000169273&data=20120528&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 791.594 – Proc. 2015/0257012-1. Agravantes: Ministério Público do Estado do Mato Grosso e Marcus Barbosa Castro Passare. Agravados: Ministério Público do Estado do Mato Grosso e Marcus Barbosa Castro Passare. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, DJ 05 out. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=73398904&num_registro=201502570121&data=20171005&tipo=0. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental em Recurso Especial n. 1.711.092 – Proc. 2017/0296055-6. Agravante: Celio Fernando de Freitas. Agravado: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, DJ 04 maio 2018. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82864736&num_registro=201702960556&data=20180504&tipo=0. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.369.253 – Proc. 2013/0059230-2. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Mariovanne Gottfried Weis. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DJ 29 jun. 2018. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=84954484&num_registro=201300592302&data=20180629. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 9378 – Proc. 1999/0040314-2. Impetrante: Carlos Eduardo Duarte Colvara. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, DJ 18 out. 1999. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900403142&dt_publicacao=23/10/2000. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRAZ, Marlene. Autonomia: onde mora a vontade livre? *In*: CARNEIRO, Fernanda (Org.). **A moralidade dos atos científicos – questões emergentes dos Comitês de Ética em Pesquisa**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1999, p. 1-10. Disponível em: <http://www.ghente.org/publicacoes/moralidade/autonomia.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2019.

BRAZZALE, Flávia Balduino; PEREIRA, Ana Lucia Pretto. Paternalismo estatal, autonomia e Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Pensar**. 2017, vol. 22, n. 1, p. 3-33. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5294/pdf>. Acesso em: 21 abr. 2020.

CALLEGARI, André Luís. Causalidade e imputação objetiva no direito penal.

Caderno Jurídico da ESMP. 2001, n. 1, abr., p. 71-92. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/teoria_da_imputacao_objetiva.pdf. Acesso em: 11 dez. 2019.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Aids e direito penal: aspectos gerais. **Revista USP**. 1997, n. 33, mar./maio, p. 56-65. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/35029/37767>. Acesso em: 09 nov. 2019.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CARMO, Márcio Penha do; GARBIN, Cléa Adas Saliba; GARBIN, Artênio José Isper; MOIMAZ, Suzely Adas Saliba. Bioética e HIV/Aids: discriminação no atendimento aos portadores. **Revista Bioética**. 2009, v. 17, n. 3, p. 511-522. Disponível em:

http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/514/515. Acesso em: 15 out. 2018.

CARVALHO, Érika Mendes; PRADO, Luiz Régis. A imputação objetiva no Direito Penal brasileiro. **Revista dos Tribunais**. 2005, vol. 3, jul., p. 81-102. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/A%20imputa%E7%E3o%20objetiva%20no%20Direito%20Penal%20brasileiro.pdf>. Acesso em: 14 maio 2019.

CASTIEL, Luis David; SCHRAMM, Fermin Roland. Processo Saúde/Doença e Complexidade em Epidemiologia. **Cadernos de Saúde Pública**. 1992, out./dez., vol. 8, n. 4, p. 379-390. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1992000400004. Acesso em: 30 abr. 2020.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Crimes contra a saúde pública. *In*: ARANHA, Márcio Iório (Org.). **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, v. 1, p. 107-117. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitarioVol1.pdf. Acesso em: 04 jun. 2020.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de; MORAES, Maria Celina Bodin de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. **Pensar**. 2014, v. 19, n. 3, set./dez., p. 779-818. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3433/pdf_1. Acesso em: 09 dez. 2019.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Ética e HIV/Aids – Uma epidemia que se sustenta**. São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes&cod_publicacao=95. Acesso em: 29 nov. 2019.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. Teorias da causalidade e imputação objetiva, no Direito Penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. 2001, ano 2, n. 8, jun./jul., p. 25-28.

CUNHA, Thiago Rocha da; MANNES, Mariel; SANCHES, Mario Antônio. Vulnerabilidade moral: leitura das exclusões no contexto da bioética. **Revista Bioética**. 2018, vol. 28, n. 1, p. 39-46. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v26n1/1983-8042-bioet-26-01-0039.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Bioética e Direitos Humanos. *In*: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Orgs.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 231-242.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A Bioética e a Saúde Pública. *In*: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Orgs.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 205-216.

DANTAS, Carolina. 'Virei um caçador do vírus HIV', diz praticante de roleta-russa do sexo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 fev. 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: 11 out. 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. A dignidade e os direitos do portador do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e do doente da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS). *In*: GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). **Edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos: Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1367-1374.

DINIZ NETO, Eduardo. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. **Revista de Direito Público**. 2010, vol. 5, n. 2, p. 202-220. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/7385>. Acesso em: 28 abr. 2020.

DUARTE, Daniel Nascimento; PAZÓ, Cristina Grobério; PRATA, Carlos Fernando Poltronieri. Transmissão consentida do vírus HIV: análise acerca da responsabilidade penal do agente. **Derecho y Cambio Social**. 2016, n. 44, p. 1-41. Disponível em: https://www.derechoycambiosocial.com/revista044/TRANSMISSAO_CONSENTIDA_DO_VIRUS_HIV.pdf. Acesso em: 24 out. 2019.

ESPANHA. Tribunal Supremo. Sentença n. 373/2011. Julgado em 08 nov. 2011. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/57c445f8dee3afb5/20111212>. Acesso em: 02 jul. 2020.

ÉVORA, Iolanda; GIOVANNETTI, Andrea. A Aids como construção social. **Revista USP**. 1997, n. 33, mar./maio, p. 126-135. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/35046/37784>. Acesso em: 29 nov. 2019.

FORTES, Paulo Antonio Carvalho; MUÑOZ, Daniel Romero. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. *In*: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Orgs.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 53-70.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. Bioética e saúde pública: entre o individual e o coletivo. *In*: FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (Orgs.). **Bioética e saúde pública**. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 11-24.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). HIV/AIDS: Prevenção, tratamento, cuidado. **The Prescriber**. 1998, n. 16/17, set. Disponível em: https://www.unicef.org/prescriber/port_p16.pdf. Acesso em: 08 out. 2018.

GIACOMO, Roberta Catarina; MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco. **Revista Liberdades**. 2009, n. 2, set./dez., p. 39-55. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=17. Acesso em: 04 jun. 2020.

GIULIANI, Emília Merlini. A função crítica do bem jurídico supraindividual frente à intervenção penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. 2014, vol. 6, n. 11, jul./dez., p. 101-120. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/31/29>. Acesso em: 23 abr. 2020.

GODOI, Alcinda Maria Machado. **Criminalização da transmissão sexual do HIV: uma abordagem bioética**. 2013. Tese. (Doutorado em Bioética) – Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília – UnB, Brasília. Orientador: Prof. Dr. Volnei Garrafa. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13238/1/2013_AlcindaMariaMachadoGodoi.pdf. Acesso em: 14 jun. 2019.

GRANGEIRO, Alexandre. **Aids, 20 anos depois: Os desafios do Brasil para a próxima década**. Disponível em: http://www3.crt.saude.sp.gov.br/arquivos/pdf/publicacoes_dst_aids/AIDS_20_anos.pdf. Acesso em: 15 out. 2018.

GRECO, Luís. Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou: algumas dúvidas diante de tantas certezas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 2004, n. 49, p. 89-142.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Vítima, consentimento e imputação objetiva. **Revista Ciências Penais**. 2004, n. 1, jul./dez., p. 185-197.

GUIMARÃES, Maria Carolina Soares; NOVAES, Sylvia Caiuby Novaes. Autonomia Reduzida e Vulnerabilidade: Liberdade de Decisão, Diferença e Desigualdade. **Revista Bioética**. Brasília, v. 7, n. 1. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/288/427. Acesso em: 19 nov. 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Editora Almedina, 2007.

KOTTOW, Miguel. **Participación informada en clínica e investigación biomédica: Las múltiples facetas de la decisión y el consentimiento informado**. Bogotá: UNESCO, 2007. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000161853>. Acesso em: 30 abr. 2019.

KOTTOW, Miguel; SCHRAMM, Fermin Roland. *Principios bioéticos en salud pública: limitaciones y propuestas*. **Cadernos de Saúde Pública**. 2001, jul./ago., vol. 17, n. 4, p. 949-956. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2001000400029&script=sci_abstract&tlng=es. Acesso em: 30 abr. 2020.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LUNA, Florencia. **Vulnerabilidad: la metáfora de las capas**. *Jurisprudencia Argentina*, IV, n. 1, 2008. Disponível em: <http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Inve stigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna_F%5B1%5D._Vulnerabilidad_la_metafora_de_las_capas.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2017.

MANUEL, Sandra. Presentes perigosos: dinâmicas de risco de infecção ao HIV/Aids nos relacionamentos de namoro em Maputo. **Physis Revista de Saúde Coletiva**. 2009, v. 19 n. 2, p. 371-386. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/physis/2009.v19n2/371-386/pt>. Acesso em: 11 out. 2019.

MARINS, José Ricardo Pio. Acesso universal aos ARV hoje, uma prioridade mais do que nunca! **Revista Tempus Actas em Saúde Coletiva**. 2010, v. 4, n. 2, p. 75-87. Disponível em: <http://www.tempus.unb.br/index.php/tempus/article/view/793/780>. Acesso em: 08 out. 2018.

MARTIN, Denise. Mulheres e Aids: uma abordagem antropológica. **Revista USP**. 1997, n. 33, mar./maio, p. 88-101. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/35032/37770>. Acesso em: 09 nov. 2019.

MARTINELLI, João Paulo. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. David Teixeira de Azevedo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/pt-br.php>. Acesso em: 15 maio 2019.

MELIÁ, Manuel Cancio. *De nuevo: ¿“derecho” penal del enemigo?* In: STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 15-45. Disponível em: <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/51/44>. Acesso em: 12 maio 2020.

MELIÁ, Manuel Cancio. *La exclusión de la tipicidade por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)*. **Cuadernos de Conferencias y Artículos**. Colombia: *Universidad Externado de Colombia*, 1998, n. 19.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade: O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. Salvador: Editora *JusPodivm*, 2010.

MIGUEL, Luis Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. **Opinião Pública**. 2015, vol. 21, n. 3, p. 601-625. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8642209/9689>. Acesso em: 15 abr. 2020.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Canada: *Batoche Books Limited*, 2001. Disponível em: <https://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Mill,%20On%20Liberty.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2020.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis. **Revista de Ciências Jurídicas**. 2008, v. 6, n. 1, jan./jun., p. 217-236.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Pesquisa de Conhecimentos, Atitudes e Práticas na População Brasileira**. 2011. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pesquisa_conhecimentos_atitudes_praticas_populacao_brasileira.pdf. Acesso em: 11 out. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Boletim Epidemiológico HIV/AIDS**. 2018. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/pub/2018/boletim-epidemiologico-hiv-aids-2018>. Acesso em: 14 jun. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Aids no Brasil: epidemia concentrada e estabilizada em populações de maior vulnerabilidade**. 2012, n. 1, vol. 43. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2014/julho/23/BE-2012-43--1--pag-8-a-10-Aids-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Profilaxia Pré-Exposição (PrEP). Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/prevencao-combinada/profilaxia-pre-exposicao-prep#:~:text=A%20Profilaxia%20Pr%C3%A9%20Exposi%C3%A7%C3%A3o%20ao,ter%20contato%20com%20o%20v%C3%ADrus>. Acesso em: 03 jul. 2020.

MOREIRA FILHO, Guaracy. **Vitimologia: o papel da vítima na gênese do delito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

MOUZO, Jessica. Os riscos das festas 'chemsex'. **El País**, Barcelona, 08 maio 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/08/estilo/1462729791_990307.html. Acesso em: 01 jul. 2020.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. **Revista Brasileira de Bioética**. 2006, vol. 2, n. 2, p. 157-172. Disponível em: <http://bioetica.catedraunesco.unb.br/wp-content/uploads/2016/09/RBB-2006-2.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Consolidated guidelines on the use of antiretroviral drugs for treating and preventing HIV infection*. 2015, nov. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/198064/9789241509893_eng.pdf;jsessionid=

sionid=4A8A493930ED5A7D397FB4BA168EE275?sequence=1. Acesso em: 08 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 01 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal de Direitos Humanos**, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 31 out. 2019.

PALMA, Maria Fernanda. Transmissão da SIDA e responsabilidade penal. *In*: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). **Estudos de Direito da Bioética**. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 113-127.

PELELLA, Eduardo Botão. Da imputação objetiva – aplicabilidade no direito brasileiro e revisão da dogmática penal dominante. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**. 2004, n. 7, p. 79-94. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22394/imputacao_objetiva.pdf. Acesso em: 17 dez. 2019.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PORTUGAL, Daniela. Criminologia crítica e o papel da vítima no Direito Penal. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. 2012, vol. 4, p. 89-121.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 11.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PROGRAMA CONJUNTO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE HIV/AIDS (UNAIDS). **Miles to go: closing gaps breaking barriers righting injustices**. 2018. Disponível em: http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/miles-to-go_en.pdf. Acesso em: 08 out. 2018.

PROGRAMA CONJUNTO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE HIV/AIDS (UNAIDS). **Indetectável = intransmissível**. 2018. Disponível em: https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Indetect%C3%A1vel-intransmiss%C3%ADvel_pt.pdf. Acesso em: 08 out. 2018.

PROGRAMA CONJUNTO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE HIV/AIDS (UNAIDS). **Estatísticas globais sobre HIV**. 2017. Disponível em: <https://unaids.org.br/estatisticas/>. Acesso em: 14 jun. 2019.

RAMOS, Emília María Santana. *El paternalismo a debate*. **Revista de Direito da Cidade**. 2016, vol. 8, n. 3, p. 886-907. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/22338/17878>. Acesso em: 18 abr. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Crime n. 2005.050.05627. Terceira Câmara Criminal. Relator: Manoel Alberto Rebêlo dos Santos. Julgado em 06 mar. 2006. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2005.050.05627>. Acesso em: 01 jul. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Crime n. 6001/2007. Terceira Câmara Criminal. Relator: Ricardo Bustamante. Julgado em 26 fev. 2008. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2007.050.06001>. Acesso em: 01 jul. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime n. 70031589831. Segunda Câmara Criminal. Apelante: Valdecir Cristiano da Silva Quintanilha. Relatora: Marlene Landvoigt. Julgado em 31 maio 2011. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?tipoConsulta=por_processo&return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=70031589831&numero_processo_desktop=70031589831&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 01 jul. 2020.

RODRÍGUEZ, Camilo Iván Machado. *La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor (hacia una teoría unívoca)*. **Revista Derecho Penal y Criminología**. 2010, n. 90, vol. 31, jan./jun., p. 89-113. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/451/432>. Acesso em: 15 maio 2019.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editora Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal*. **Revista para el Análisis del Derecho**. 2013, n. 1. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/958.pdf>. Acesso em: 14 maio 2019.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *La “victimo-dogmatica” en el derecho extranjero*. In: BERISTAIN, Antonio; CUESTA, José Luis de la. (Ed.). **Victimología**. San Sebastián: *Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea*, 1990, p. 105-112.

SANTANA, Selma Pereira de. Uma visão atualizada das vítimas de delitos diante dos modelos das ciências criminais e do Direito Processual Penal. **Revista do CEPEJ – Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia**. 2008, v. 1, p. 83-98.

SANTANA, Selma Pereira de. Uma crítica ao garantismo penal no Brasil: a hipossuficiência da proteção aos bens jurídicos supra-individuais. In: HIRECHE, Gamil Föppel El; SCARPA, Antonio Oswaldo (Orgs). **Temas de Direito Penal e Processual Penal: Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 549-570.

SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 8.ed. Florianópolis: *Tirant lo Blanch*, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

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

SCHRAMM, Fermin Roland. A bioética da proteção em saúde pública. In: FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (Orgs.). **Bioética e saúde pública**. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 71-84.

SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? In: GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 91-111.

SILVA, Luís Augusto Vasconcelos da. Prazer sem camisinha: novos posicionamentos em redes de interação online. **Cadernos Pagu**. 2010, jul./dez., p. 241-277. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0104-83332010000200009&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 11 out. 2019.

SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Liberdades**. 2010, set./dez., n. 5, p. 85-115. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=64. Acesso em: 22 abr. 2020.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. O consentimento do ofendido no direito penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. 1969, v. 12, n. 0, p. 257-270. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7163/5114>. Acesso em: 09 jan. 2020.

TEMPORINI, Edméa Rita. Prevenção da Aids: um desafio sociocomportamental. **Revista USP**. 1997, n. 33, mar./maio, p. 38-45. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/35027/37765>. Acesso em: 09 nov. 2019.

TERÁM, Sergio Cuarezma. *La Victimología*. In: **Estudios Básicos de Derechos Humanos**. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, v. 5, p. 296-317. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12064.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2020.

TOLENTINO, Zelma Tomaz. A dignidade humana como limite da renúncia a direitos fundamentais nas relações jurídicas. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; TOLENTINO, Zelma Tomaz (Orgs.). **Direitos fundamentais e relações jurídicas**. Rio de Janeiro: Editora GZ. 2015, 1. ed., p. 13-44.

WEBER, Thadeu. Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant. **Direitos Fundamentais & Justiça**. 2009, n. 9, out./dez., p. 232-259. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/462>. Acesso em: 04 dez. 2019.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **La deslegitimación de la potestad penal: La crítica al poder sancionador del Estado**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade: aspectos essenciais**. São Paulo: Saraiva, 2011.