



BAREBACKING SEX: HOMOSSEXUALIDADE, DELINQUÊNCIA E CRIMINALIZAÇÃO

Paulo Sergio Rodrigues de Paula¹
Mara Coelho de Souza Lago²

Resumo: O barebacking sex caracteriza-se como ato voluntário e consciente de práticas sexuais sem o uso do preservativo, entre homossexuais, com o risco de se contrair o HIV. O objetivo deste trabalho foi analisar documentos midiáticos, onde a questão do barebacking sex fosse abordada no âmbito jurídico e criminal. Acreditamos que este debate mostra a complexidade e as polêmicas que ainda estão por vir em relação a este tema, pois, ainda que os valores tradicionais de uma cultura tenham impacto sobre o cotidiano das pessoas, as normas e as leis possuem um impacto bem maior ao definirem situações especiais referentes tanto ao espaço público quanto ao espaço privado, pois a suposição de que se baseiam em conhecimentos superiores e objetivos lhes garantem a legitimidade que torna possível a definição de situações como melhores ou piores inaceitáveis e até ilegais.

Palavras-chave: barebacking sex, criminalização, homossexualidade

Ao investigar o direito penal à luz dos regimes absolutistas europeus e contrastá-lo com os regimes democráticos consolidados na Europa no final do século XVII, Foucault (1997) apresenta duas modalidades de poder: a soberana na qual o exercício do poder se reafirmava pelo viés da punição e pela autoridade judiciária subordinada à figura do rei, “o poder soberano representa um instrumento monárquico de combate ao feudalismo, sendo a guerra substituída pelo litígio judiciário” (Ferreira, 2005, p.50) e a modalidade disciplinar, surgida pós Revolução Francesa e território de legitimação dos poderes das Ciências Humanas, da Medicina e Psiquiatria, através do exame, tendo como ligação ao direito penal a preocupação com a disciplina e a vigilância, em que

“A disciplina é o conjunto de técnicas pelas quais os sistemas de poder vão ter por alvo e resultado os indivíduos em sua singularidade. É o poder de individualização que tem o exame como instrumento fundamental. O exame é a vigilância permanente,

¹ Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas/ Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: sergiorodrigues@gmail.com

² Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas/ Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: maralago7@gmail.com.

classificatória, que permite distribuir os indivíduos, julgá-los, medi-los, localizá-los e, por conseguinte, utilizá-los ao máximo. Através do exame, a individualidade torna-se um elemento pertinente para o exercício do poder”. (FOUCAULT, 1999, p.107).

No regime do poder soberano, todo delito era considerado uma afronta ao poder do rei, que atuava via decretos, códigos inflexíveis e tinha no suplicio³ sua característica central. Sendo uma prática regulada, a punição tinha como objetivo punir o crime, mas também mostrar aos súditos o que ocorreria com aqueles que desafiassem a vontade do soberano, ou seja, o suplicio funcionava como um mecanismo de revitalização do poder.

A partir do século XVIII, começam a proliferar manifestações contra o suplicio e aos poucos surge a idéia de se abrandar as punições e de se criar mecanismos que garantissem a diminuição de delitos com punições que tivessem efeitos educativos. Constituiu-se então, no final do século XIX, a sociedade disciplinar, caracterizada pela distribuição dos indivíduos em espaços fechados (hospitais, fábricas, casernas, prisões), controle do tempo através de sistemas de vigilância e por um modo de atuar sobre os corpos, buscando um registro do indivíduo e de sua conduta, a fim de garantir o máximo de utilidade e docilidade.

Desse modo, entre o final do século XVIII e início do século XIX instaurou-se na Europa o poder *panóptico*, derivado do *panopticon* do jurista britânico Jeremy Bentham, prisão modelo, cuja arquitetura foi idealizada para controlar e vigiar a ação de todos os indivíduos que lá estivessem, sem que estes pudessem ver seu observador, já que as celas eram dispostas em torno de um círculo com uma torre elevada ao centro.

Entretanto, segundo pesquisadores como André Queiroz (1999, p.85), não se deve reduzir o panóptico de Bentham a um projeto arquitetônico de prisão do século XVIII, pois segundo este autor, o panóptico seria a formalização do poder disciplinar, pois a partir deste modelo é que se engendrou o que iria caracterizar o mote da sociedade contemporânea, ou seja, o controle, a vigilância e a correção dos indivíduos. Desse modo, a vigilância representou uma nova modalidade de poder, um poder que não opera através da punição, mas sim

“ [...] age, sobretudo através do olhar, da vigilância que impõe ininterruptamente, da luminosidade que, voltada para o detento (leia-se prisioneiro, estudante, operário, paciente, soldado), promove a inversão do limiar político de individualização: ao detento, o foco das atenções, a claridade dos espaços, a exposição máxima de si. (...) Olho do

³ O suplicio é uma pena corporal, dolorosa e atroz e também uma técnica “que não deve ser equiparada aos extremos de uma raiva sem lei”, uma vez concluído o inquérito pela autoridade real e constatada a autoria do delito, impunha-se ao réu um suplicio, onde se correlacionava o tipo de ferimento, quantidade, tempo e intensidade, não apenas em relação ao tipo de delito cometido, mas também à pessoa do criminoso e ao nível social da vítima (FOUCAULT, 1997, p.31).

poder que faz ver, que tudo avalia, hierarquiza, diferencia, captura, mas que não é visível aos detentos”. (QUEIROZ, 1999, p.85).

Este modelo se legitimou e proliferou, perpassando diversas instituições, como hospitais, escolas, fábricas, instaurando uma nova tecnologia de poder, implicando no surgimento de novos saberes (como a criminalística, a medicina social, a nova pedagogia), que passaram a recobrir todos os domínios da sociedade moderna.

Desse modo, uma das principais características que se operou na passagem da sociedade soberana para a sociedade de controle, a sociedade disciplinar, foi o deslocamento do foco das atenções. No poder soberano, as práticas de poder tinham como objetivos exaltar a potência e reforçar a força pública do rei; nas sociedades disciplinares, o efeito esperado do poder é a produção de corpos dóceis e almas subservientes

“Já não importa imprimir na ação a insígnia de seu signatário. O olho que tudo vê parece se descolar do rosto, como se restasse apenas o olho, ou, ainda mais precisamente, o efeito e a função do olhar. Não é perceptível porque não é necessário que se esclareça quem observa. Apenas se sabe que se é observado por um olho que ninguém vê. O que traz já a marca da disciplina: o poder se torna anônimo (...) é anônimo porque se descolou da pessoa do rei e se imiscuiu no corpo da sociedade. É anônimo porque se faz automático, na medida em que produz efeitos constantes, apesar de sua invisibilidade”. (QUEIROZ, 1999, p. 86).

Foi através deste tipo de poder considerado repressivo, que se produziram práticas, objetos, instituições e sujeitos, como o operário, o louco, o enfermo, sintomas e comportamentos que, por sua vez, produziram verdades e saberes. Muitos discursos que proliferam na Internet, tentam enquadrar praticantes de bareback⁴ na categoria de delinquentes, infratores da lei, passíveis de serem condenados à prisão como forma de punição eficaz, aumentando ainda mais a polêmica do sexo sem camisinha, como podemos ver nos enunciados abaixo:

“Bareback pode dar cadeia: Jurista diz que artigo 130 do Código Penal pune transmissão do vírus, intencional ou não (...). Isso é crime, e a pessoa que tem a intenção de infectar o próximo pode ser enquadrada no artigo 130 do Código Penal. Se condenada, poderá cumprir pena de um a quatro anos de reclusão. Se não houver intenção, a pena será de três meses a um ano (...) as duas hipóteses representam ação dolosa. Se o praticante do bareback soropositivo mantém relação sexual sem preservativo está cometendo o crime de perigo de contágio venéreo. Os artigos 131 e 132 do Código Penal também punem a prática”. (FERNANDES, 2009).

⁴ Pode-se caracterizar o barebacking sex como o envolvimento intencional, deliberado, voluntário e consciente, em práticas sexuais sem o uso do preservativo, entre homens gays, com o risco de contrair o vírus HIV, mesmo não sendo esta prática restrita a sujeitos homossexuais. In: De Paula, Paulo Sergio Rodrigues. *Barebacking sex: a roleta russa da AIDS?*. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2010.

“A prática do Barebacking não é considerada crime. Porém, segundo o artigo 131 do Código Penal: o perigo de contágio de moléstia grave, como AIDS e sífilis o são. Segundo o jurista e advogado criminal, José Carlos Tórtima, portador do vírus HIV que mantém relações sexuais sem proteção, ainda que o parceiro saiba, pode ser condenado a até quatro anos de prisão. Ele afirma que não há casos de processos conhecidos no Brasil e que é uma pena difícil de aplicar, mas não impossível”. (ISHAK, 2008).

“Réu é condenado por passar AIDS para a namorada: O Conselho de Sentença do 2º Tribunal do Júri de São Paulo condenou José Luís Corrêa de Moura a oito anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por tentativa de homicídio qualificado feito por meio insidioso. O julgamento foi presidido pelo juiz Tércio Pires. O réu -- que era portador do vírus da AIDS -- repetidas vezes, durante o período de dois anos, manteve relação sexual com Marta Margarete Joffre, contaminando-a com a doença. Os jurados entenderam que ele assumiu o risco de causar a morte de Marta, agindo de “animus necandi” eventual. A vítima ainda não morreu. Na denúncia, o promotor de Justiça Sérgio de Assis argumenta que o acusado tinha relacionamento amoroso com a vítima e que, sabendo ser portador do vírus, manteve várias vezes relações sexuais com ela sem a devida proteção e deixando de informá-la da doença. Insatisfeito com a decisão do 2º Tribunal do Júri o réu, representado pelo advogado Luiz Carlos Magalhães, recorreu da sentença ao Tribunal de Justiça”. (GAVIN, 2007).

Estes enunciados trazem pontos interessantes para análise. Primeiramente nos mostram que não existe um consenso na possibilidade ou não da condenação do praticante de bareback e na criminalização da prática: um jurista considera barebacking como crime; outro considera o barebacking crime, mas vê dificuldades na condenação do praticante, por último, um deles apresenta o relato de uma condenação. Entretanto, esta condenação não diz respeito ao barebacking, que eu considero como uma prática consensual, cujo risco de infecção é tido um dos motivadores da prática. Diz respeito a um homem conhecedor de seu status sorológico, que não comunicou à sua parceira sua condição e com ela manteve sexo sem preservativo.

De acordo com a lei é considerada crime a transmissão de moléstia grave apenas quando há intenção de infectar o outro, e neste caso, a lei poderá ser aplicada. Ainda sobre esta condenação é importante ressaltar que o condenado não é um indivíduo homossexual, não correspondendo à tendência da mídia em atribuir a prática de ‘sexo inseguro’ apenas a sujeitos homossexuais.

Os enunciados mostram também não existir uma conceituação sobre o que configura o barebacking, apontando possibilidades de se denominar qualquer prática sexual sem preservativos como barebacking, independente do estatuto da relação entre os sujeitos envolvidos.

Outro destaque em relação a criminalização da transmissão do vírus HIV, diz respeito às formas de transmissão. Desse modo emergem na Europa, correntes de pensamentos que buscam determinar como estas questões devem ser geridas.

Sobre as de formas transmissão, segundo a ONG inglesa AVERT⁵, este enquadramento deve basear-se em categorias gerais, que designam a prática como: intencional ou deliberada, envolvendo pessoas que utilizam agulhas e outros instrumentos para intencionalmente infectar outras pessoas com o HIV; imprudente, isto é, onde o HIV é transmitido através de um ato negligente e não deliberado, (por exemplo, uma pessoa que sabe que tem HIV e faz sexo sem camisinha com uma pessoa negativa, mas não informa sua condição sorológica); acidental, onde uma pessoa transmite o HIV acidentalmente, (ou porque não se sabia soropositiva ou porque mesmo consciente de seu status sorológico, utilizou a camisinha, mas esta falhou de algum modo).

Dentre estas correntes encontram-se as que defendem a não criminalização de todas as formas de infecção, as que defendem a criminalização de todas as formas de infecção, a as que apóiam a criminalização apenas de transmissões intencionais.

Para as correntes contra a condenação esses argumentos não se sustentam, pois acreditam que a lei tem pouco efeito sobre o comportamento sexual da população, argumentam também que:

- A criminalização da transmissão permitirá que a lei possa ser usada como uma forma de vingança.
- Criminalizar pessoas soropositivas não abordaria as complexidades envolvidas na divulgação dos casos e aumentaria o estigma, particularmente quando as pessoas HIV positivas fossem levadas a julgamentos e demonizadas pela imprensa;
- Possuir o HIV não é uma sentença de morte, pois com as modernas drogas as pessoas soropositivas sobrevivem saudáveis por muitos anos;
- A prisão não faz nada para ajudar as pessoas a tomarem uma atitude em relação a sexo seguro, e a partilha de agulhas para injetar drogas e alta incidência de estupro e sexo entre homens nas prisões também significa que a transmissão pelo HIV ainda é perfeitamente possível, mesmo atrás das grades.

Acreditamos que este debate mostra a complexidade e as polêmicas que ainda estão por vir em relação a este tema. No Brasil, como vimos anteriormente, embora tenha ocorrido uma condenação pela transmissão do vírus HIV, que teve ampla divulgação na mídia, não existe nenhuma lei específica sobre a questão, sendo utilizada

⁵ Fonte: < <http://www.avert.org/criminal-transmission.htm>>

com frequência a referência ao Artigo 131 do Código Penal, que segundo Leonardo Alquimino de Carvalho (2005), estabelece de forma mais abrangente uma possibilidade de tipificação de comportamentos como o barebacking, pois

“[...] apresenta a idéia prática de um ato capaz de produzir contágio de moléstia grave. O ato não se resume ao de natureza sexual: logo, o artigo permite outras modalidades de transmissão de doença acrescida das relações sexuais e de atos libidinosas. Neste tipo penal, o desejo de transmitir moléstia grave deve estar presente”. (CARVALHO, 2005, p.86).

Apesar da infecção pelo HIV ainda não ter cura, a ligação entre contaminação pelo vírus e morte não são mais diretas. Porém, para o autor, embora práticas como o bareback “atentem contra a integridade física ou a vida sua ou de outrem” e “uma leitura ampliada do direito penal pode resultar em punição para os envolvidos”, um dos questionamentos que deve ser feito é se este comportamento deve ou não ser considerado integrado ao conjunto de liberdades individuais, sendo este autor enfático ao dizer que “a persecução penal do Estado não pode se fundar em critérios morais e hipócritas” (Carvalho, 2005, p. 90), concluindo que

“A transmissão do vírus HIV entre pessoas maiores, capazes e conscientes, que buscam essa finalidade como uma forma de inserção social, não pode ser questionada pelo Estado e o consentimento do ofendido neste caso deve ser admitido como forma de exclusão da antijuricidade da conduta”. (CARVALHO, 2005, p. 91).

Assim sendo, a disciplina consiste na articulação do poder-saber, abarcando produções discursivas e não discursivas, materializando-se em noções e conceitos que configuram controle social, como a fiscalização, os exames, as comparações à norma, ficando evidente que o poder disciplinar faz funcionar relações de saber poder que produzem a verdade do sujeito sujeitado através de práticas disciplinares, onde a prisão serve “tanto como última tentativa falha de ressocializar como para demarcar um grupo de exclusão, frágil, controlado e moldado, ao qual se deu o nome de delinqüente” (Domith, 2005, p. 110).

Nesse sentido, a descrição e categorização de fenômenos considerados como comportamentos de risco não servem apenas para que a população amplie seu conhecimento e conseqüentemente sua capacidade de prevenção, possuem também um caráter de discurso da verdade que irá dividir o mundo entre os especialistas que sabem e os leigos que não sabem (Moraes, 2002).

Entretanto, ainda que os valores tradicionais de uma cultura tenham impacto sobre o cotidiano das pessoas, as normas e as leis possuem um impacto bem maior ao definirem situações especiais referentes tanto ao espaço público quanto ao espaço privado, pois a suposição de que se baseiam em conhecimentos superiores e objetivos

lhes garantem a legitimidade que torna possível a definição de situações como melhores ou piores inaceitáveis e até ilegais. Este é o caso do barebacking e de outras práticas sexuais (pedofilia, zoofilia, necrofilia) que, antes consideradas blasfemas e imorais, passaram a ser vistas como crimes ou doenças.

Referências Bibliográficas

AVERT. Disponível em: <<http://www.avert.org/criminal-transmission.htm>>. Consulta em Junho de 2009.

CARVALHO, Leonardo Alquimino; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta. HIV e Barebacking: uma breve leitura garantista. In: Revista Jurídica, Ano 53, nº 333, Julho de 2005. p.81-92

DE PAULA, Paulo Sergio Rodrigues. Barebacking sex: a roleta russa da AIDS? Sexualidade, sexo e risco na mídia impressa e na Internet. Rio de Janeiro, Editora Multifoco, 2010.

DOMITH, Laila. A modernidade como a criadora da delinquência. Revista Jurídica. Porto Alegre/RS: Nota Dez, v. 335, 2005. p. 93-110.

FERNANDES, Vagner. 'Bareback' pode dar cadeia, dizem juristas". In: Jornal do Brasil em 07 de janeiro de 2009. Disponível em: <<http://jbonline.terra.com.br/nextra/2009/01/07/e070117428.asp>>

FERREIRA, Arthur Arruda Leal. A psicanálise e a psicologia nos ditos e escritos de Michel Foucault. In: Guareschi, Neusa M.F et al. Foucault e a psicologia. Porto Alegre: Abrapso Sul, 2005.p. 29-72

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 16ª Edição Petrópolis: Vozes, 1997

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Editora:1999.

GAVIN, James. In: “Réu é condenado por passar AIDS para a namorada”. In: Consultor Jurídico em 26 de Julho de 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-out-28/reu_condenado_passar_aids_namorada>

ISHAK, Caco. “Bareback: a liberdade (des) embrulhada pra presente”. In: Blog Over mundo. Em 24 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.overmundo.com.br/overblog/bareback-a-liberdade-desembrulhada-pra-presente>>

MORAES, Ilara Hämmerli S. Política, tecnologia e informação em saúde: a utopia da emancipação. Salvador: Casa da Saúde, 2002.

QUEIROZ, Andre. Foucault: O paradoxo das passagens. Rio de Janeiro: Pazulin, 1997