

# HIV E BAREBACKING: UMA BREVE LEITURA GARANTISTA

Leonardo Arquimimo de Carvalho\*

Luciana Jordão da Motta Armiliato de Carvalho\*\*

1 A prática do *barebacking*. 2 A leitura penal do comportamento.  
3 Garantismo e comportamentos autolesivos. 4 Síntese Conclusiva.

## RESUMO

Os autores buscam estabelecer uma breve leitura penal garantista sobre uma prática comportamental autolesiva de natureza sexual, conhecida como *barebacking*.

## PALAVRAS-CHAVE

*Barebacking*. HIV. AIDS. Direito Penal. Garantismo

## 1 A PRÁTICA DO BAREBACKING

O comportamento conhecido por *barebacking*, ou cavalgada sem cela, consiste na prática sodomita sem a utilização de proteção adequada. Ainda, é definida como a possibilidade de descartar, de forma preordenada, o uso de qualquer meio de prevenção da contaminação de doenças sexualmente transmissíveis quando da realização de ato sexual homossexual.<sup>1</sup>

O que poderia ser considerada uma prática pouco usual e politicamente inadequada para o período contemporâneo tem sido erigida à condição de prática comum em alguns clubes destinados ao comportamento de risco, ou determinados grupos interessados em presenciar o ato, ou ainda, em sítios na internet destinados a encontrar adeptos da nova prática.

A lógica perversa do ato decorre da possibilidade aventada pelos praticantes de eventualmente assumirem o risco de serem contaminados ou contaminantes de alguma doença sexualmente transmissível. O comportamento tem sido descrito como uma atividade de risco excitante pelos praticantes; neste caso, muitos aventam o desejo de serem contaminados.<sup>2</sup>

A conduta não difere muito de outras práticas comuns onde o sujeito atenta contra a sua integridade física ou contra a própria vida. O sujeito, neste caso, pratica uma ação em que busca um determinado fim que ocasionalmente pode ser a própria contaminação, uma lesão corporal, auto-flagelo ou ainda outras pulsões de morte.<sup>3</sup>

\* Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Assis Gurgacz (FAG)

\*\* Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Assis Gurgacz (FAG)

O comportamento, refratário a décadas de política públicas, organizacionais, privadas, civis, e particulares de combate a doenças sexualmente transmissíveis, representa a busca de um prazer causado pelo risco inerente ao ato. A compreensão psicanalítica do ato supera as leituras particularizadas ou próprias da identificação comportamental de um dado sujeito.

Assim, como a prática tem sido descrita com relativa frequência, a conduta mereceria uma interpretação sobre as patologias sociais ou ainda sobre seus resultados. Neste caso, especula-se sobre uma resposta drástica aos controles sobre o corpo e sobre a liberdade dos sujeitos impostos pela modernidade.<sup>4</sup>

A ação, aparentemente, ganha contornos mais dramáticos quando os praticantes do *barebacking* buscam soropositivos com o objetivo de contraírem o vírus HIV. A transmissão do vírus neste caso recebe o nome de *gift* e os praticantes aparentemente demonstram um relativo desejo de serem contaminados ou de adquirirem a condição de contaminados.

Nestes casos os sujeitos não necessariamente buscam contrair a virose, mas as conseqüências psíquicas, físicas, sociais ou relacionais que a mesma tem a possibilidade de desencadear. A reprovação ou a contestação social são algumas das sensações indicadas como responsáveis pela conduta considerada lesiva e inadequada.<sup>5</sup>

Alguns relatos apontam para a prática em casas especializadas ou ainda em festas destinadas à sodomia homossexual, em que os envolvidos são o centro da celebração e/ou os convidados especiais. O espetáculo extremo transcende a possibilidade de uma interpretação preconceituosa ou crítica, mas, causa espécie.

As sucintas descrições especulativas sobre o comportamento, a inexistência de uma literatura muito ampla discutindo a contextualização dos fatos narrados e o desconhecimento da realidade comportamental do grupo envolvido nesta breve narrativa são alguns dos limitadores para o descortino adequado da temática proposta. Contudo, a polêmica do tema certamente possibilitará uma investigação mais criteriosa noutro momento.

## 2 A LEITURA PENAL DO COMPORTAMENTO

Independentemente de uma interpretação sociológica, psicanalítica, ou psicológica do comportamento, a reprovação social do mesmo pode ser considerada. O ato é aparentemente lesivo, já que potencialmente capaz de atentar contra a integridade física, contra a saúde e até mesmo contra a vida dos sujeitos eventualmente envolvidos.

Certamente que a reprovação do grupo nem sempre é o limite da capacidade e da possibilidade do Estado de buscar estabelecer uma satisfação social. O desejo punitivo é ainda mais reduzido em função da impossibilita-

de de estabelecer uma reprovação penal para cada ato considerado inadequado pelo julgamento moral subjetivo ou coletivo da sociedade.

Numa digressão rápida não se pode olvidar que os múltiplos espaços político-legislativo-judiciais de constituição do sistema penal são decorrentes do almejo de determinados grupos pelo controle de outros. Neste caso, o modelo segue respondendo de maneira eficiente e enérgica aos delitos ofensivos a determinados bens tutelados em função dos interesses dos grupos de controle.

Não são poucas as teses direcionadas ao Direito Penal que vislumbram os limites do Estado na sua atividade punitiva. Descriminalizantes, abolicionistas, reducionistas ou garantistas têm buscado, seja por motivos políticos, técnicos, filosóficos ou humanos, estabelecer uma interpretação crítica sobre a organização penal do Estado e sua abrangência persecutória.

Com alguma frequência determinados comportamentos, referidos como delitos pelo ordenamento jurídico, são considerados como insignificantes ou desimportantes para a organização social. Outros produzem um conflito de interesses entre coletividade e individualidade, ou ainda resultam numa colisão de princípios fundamentais.

Quando princípios de mesma hierarquia são conflitados os diferentes bens tutelados pelo ordenamento acabam demonstrando a impossibilidade do exercício de determinadas prerrogativas. Contudo, o cerne da discussão sobre a penalização dos comportamentos é ligado à interpretação sobre os limites do interesse do Estado na punição de algumas ações de risco.

A pergunta neste caso, relacionada à prática do *barebacking*, com o objetivo de contrair ou transmitir o vírus HIV, é se a mesma pode ou não ser considerada uma ação integrada ao conjunto de liberdades individuais. O objetivo de contrair ou transmitir uma doença sexualmente transmissível, por intermédio de ato sexual, atenta ou não contra os bens tutelados pelo ordenamento jurídico? A liberdade de disposição sobre o corpo apresenta um limite extremo nesta hipótese?

O ordenamento jurídico penal brasileiro acolhe a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade como componentes de uma conduta delitativa. Logo, todo fato típico, antijurídico e culpável recebe, na concepção clássica do Direito Penal, a censura do Estado através da persecução penal prevista no ordenamento jurídico.

Neste caso, duas práticas são descritas como recorrentes e consideradas entre os praticantes do *barebacking* ações extremadas: i) *bug chasing* – desejo de ser infectado pelo vírus HIV por intermédio de prática sodomita homossexual; ii) *gift giving* – desejo de infectar alguém com o vírus HIV por intermédio de prática sodomita homossexual.

Objetivamente, as condutas descritas não se apresentam como uma conduta tipificada no ordenamento jurídico; contudo, uma leitura amplia-

da, dentro da permissividade estrita do Direito Penal, permite a identificação de determinadas guaridas suficientes à punição dos envolvidos. Como consequência, são apontados os delitos tipificados nos artigos 121, 129 § 1º, II, 129 § 2º II, 130, 131 e 132 do Código Penal.

Atualmente, a vinculação entre a contaminação com o vírus HIV e morte não são mais tão diretas. Neste caso, a leitura de alguns penalistas, que buscavam identificação entre o comportamento preordenado ou assunção de um dolo eventual de morte, já não pode mais ser aceita. A virose, apesar de danosa e não ter ainda cura, não oferece um risco que possa, num sentido penal, ser subsumida.<sup>6</sup> Na hipótese de outras doenças sexualmente transmissíveis, a eventual tentativa de vincular a prática a conduta delitiva do art. 121 é dificilmente configurada.<sup>7</sup>

O art. 121 estabelece uma tutela específica ao bem jurídico vida.<sup>8</sup> Neste caso, pelas razões descritas, a tipificação do comportamento como suficiente à produção de um atentado contra o bem jurídico primeiro é potencialmente importante, não configurado, contudo, em função da especialidade de outros comportamentos.<sup>9</sup> A eventual consideração sobre o homicídio na sua forma tentada seria considerada igualmente descabida, porque de forma clara não há visualização da eficácia do meio utilizado.<sup>10</sup>

No crime de lesão corporal o bem tutelado é a integridade corporal e a saúde da pessoa humana. Em relação à conduta descrita a possibilidade de subsunção é bem mais óbvia. Aquele que por intermédio de prática sodomita busca ofender a integridade física ou a sanidade, incorre, segundo a leitura estrita do Código Penal, na prática de lesão corporal.

A lesão corporal é qualificada quando do ato resulta perigo de vida ou qualificada doutrinariamente de forma gravíssima, quando do ato de lesão resulta enfermidade incurável. Em ambos os casos a potencialidade lesiva da contaminação com o vírus HIV permite a majorante legal.

A integridade corporal e a saúde são consideradas bens indisponíveis. Contudo, a instrumentalidade ou possibilidade de persecução por intermédio da manifestação do desejo do agente vitimado amainou a possibilidade de punir os sujeitos envolvidos. Objetivamente, a majorante punitiva decorre da gravidade do comportamento descrito e, nestes casos, o desejo punitivo da vítima não seria relevante.

Já o delito de perigo de contágio venéreo não é uma conduta que permite a tipificação correta. A hipótese descrita no art 130 do Código Penal relaciona-se exclusivamente à contaminação de doença venérea, e esta, conforme descrição médica, não é uma categoria dentro da qual a AIDS se encontre. Mesmo que também transmitida por intermédio de prática sexual não atinge diretamente os genitais ou os órgãos sexuais.

Atualmente a denominação “doença venérea” deixou de ser aplicada. A expressão “doenças sexualmente transmissíveis” responde de forma mais

adequada ao período atual. Contudo, o Código foi construído noutra época: e, neste caso, uma interpretação extensiva e analógica com o objetivo de ampliar a tipificação penal é inaceitável no Direito Penal brasileiro, em função do princípio da legalidade.

O art. 131 do Código Penal estabelece de uma forma mais abrangente a possibilidade de tipificação de um eventual comportamento como o descrito. O artigo apresenta a idéia da 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 certamente das relações sexuais e dos atos libidinosos. Neste tipo penal o desejo de transmitir moléstia grave deve estar presente. O dolo direto de produzir dano é acrescido à finalidade de transmitir a moléstia grave.

Ainda, o Código Penal descreve o comportamento do art. 132, que é o conhecido crime de perigo. Este artigo permite a subsunção de uma ampla variedade de delitos, inclusive o comportamento do *barebacking*. Quando a configuração de um outro delito se demonstra mais clara, em função da especialidade do comportamento, o crime de perigo não se configura. Como o tipo estabelece uma forma livre de realização da finalidade tipificada, muitos comportamentos podem ser punidos com base na descrição normativa.

Objetivamente, a análise destacada refere-se ao comportamento do agente causador, ou seja, aquele que é o sujeito ativo do comportamento anteriormente descrito. O que consente e busca a contaminação por intermédio do ato sexual não poder ser punido. Da mesma forma que o Código Penal não estabelece punição para o suicídio, para auto-flagelação e auto-lesão na maioria dos casos.

### 3 GARANTISMO E COMPORTAMENTOS AUTO-LESIVOS

A construção de uma nova roupagem para o sistema penal vigente demonstra-se necessária. Falido, corrupto, ineficiente e decadente, o sistema penal vigente exige uma transformação. As teorias construídas a fim de convencer a ordem constituída de que o sistema penal de hoje carece de legitimidade constitucional, seja no nosso ordenamento jurídico, seja no ordenamento jurídico dos demais países, possuem como finalidade máxima o estancamento da pulsão apenadora.

Estas teorias fundamentam-se nos mais variados pressupostos e buscam solucionar o problema da ineficiência do sistema penal contemporâneo. Conforme Ferrajoli, as doutrinas criminológicas se dividem em três grandes grupos, quais sejam: i) as abolicionistas; ii) as substitutivas e iii) as reformadoras. As teorias criminológicas abolicionistas consideram o direito penal ilegítimo e não vislumbram nenhum objetivo na pena imposta ao delinqüente, pregando uma abolição das sanções jurídicas existentes e sua substituição por meios pedagógicos e sociais de controle. Já as doutrinas

substitutivas possuem conotação libertadora e humanitária, mas propõem um correicionalismo positivista a ser realizado sempre pelo Estado e nunca pela sociedade, efetivando-se assim de forma pouco democrática. Por fim, as doutrinas reformadoras propõem uma redução da esfera de intervenção penal e a substituição da restrição de liberdade penal por sanções menos aflitivas.<sup>11</sup>

Estas doutrinas, modernamente criadas ou re-criadas, que buscam apresentar o Direito Penal com base numa leitura mais humana, partem de premissas relevantes. Com base nesta alegação, é possível verificar que determinadas teses ampliam a leitura revisional partindo de uma leitura político-social e não simplesmente instrumental. Assim, aparentemente, a abordagem doutrinária fundada no pensamento garantista apresenta uma base teórica suficiente à compreensão desta nova modalidade de conduta surgida na comunidade homossexual.

As normas constitucionais, na observação garantista, são com muita frequência consideradas de pouca aplicabilidade. Contudo, Ferrajoli propõe a adoção de algumas medidas com a pretensão de dar a elas efetividade. Uma das propostas vincula-se à Teoria Geral do Direito e almeja o estabelecimento de uma separação radical entre validade, vigência e eficácia, residindo na possibilidade de produzir efeitos no mundo dos fatos seu principal interesse. Ainda, sugere uma busca pela identificação dos pressupostos, políticos e ideológicos, que condicionam os conceitos instrumentais utilizados no espaço constitucional.

A identificação e interpretação dos pressupostos que motivam o pensamento constitucional permitem uma aproximação mais pragmática dos instrumentos de interpretação, valoração e aplicação da norma constitucional. A inversão busca compreender as dificuldades de dar aplicabilidade – logo, eficácia – aos preceitos constitucionais de natureza social, não por intermédio da escrita leitura dos preceitos, mas das razões fundantes da criação do conjunto normativo superior.

No que tange à efetividade, uma norma ou um ditame legal somente pode ser considerado legítimo se observador dos dogmas máximos do conjunto normativo constitucional. Este raciocínio endossa uma leitura completa do sistema jurídico, que permite, inclusive, uma leitura adequada ao Direito Penal. Assim uma norma restritiva da realização de atos que ofendem determinados bens jurídicos somente alcança a respeitabilidade social se seus princípios basilares são explícitos e se são considerados respeitadores do desejo coletivo constitucionalmente assegurado.

A atuação persecutória do Estado é assim limitada, primeiramente, pelo princípio da legalidade, apregoado pela doutrina juspositivista como base de todo o sistema penal. Porém, a adoção deste princípio, como limitador da atividade persecutória do Estado, mostra-se ineficiente. Na maioria dos

contextos sociais a estrita observação da norma penalmente positivada é inapta à limitação do ímpeto vingativo-penal do conjunto social que gere o Estado. Neste contexto, outros mecanismos teóricos de redução da atuação persecutória do Estado estão sendo teoricamente discutidos.

Outros conceitos, tais como validade e efetividade das normas, são também utilizados para formar um manancial teórico que justifique uma restrição da atividade penalizadora do Estado, pois não podemos nos aproximar de situações que devem ser e nos afastar de situações que são. A legalidade estrita não pode mais ser utilizada como única forma de restrição da atividade persecutória do Estado.

Portanto, o garantismo seria uma postura política e também jurídica que questiona, sobretudo, a invalidade e a inefetividade das normas existentes em um Estado de Direito. Este posicionamento busca uma reformulação de entendimento a respeito do trabalho de juízes e juristas, que é pautado sobre dois grandes dogmas: i) necessidade de fidelidade do juiz à norma e ii) a limitação da atuação do juiz em apenas descrever e valorar o direito positivo vigente.<sup>12</sup>

Ferrajoli salienta que desde Bentham até Kelsen está sedimentado o dogma de que o juiz somente tem a obrigação de aplicar a norma posta em um determinado ordenamento jurídico. Este posicionamento pode ser facilmente questionado nos Estados de Direito que possuem uma Constituição rígida, já que através dos princípios da compatibilidade vertical no ordenamento jurídico, toda norma inferior que contraria a Constituição é considerada norma inválida e não pode ser aplicada por um juiz.

O outro dogma citado por Ferrajoli trata da impossibilidade tanto do juiz quanto do jurista de questionar valorativamente as normas que permeiam o ordenamento jurídico. Este impedimento teria origem na já sedimentada separação entre Direito e Moral, mas entende o autor que somente será possível a efetivação de um Estado de Direito no momento em que tanto juízes quanto juristas tiverem liberdade de, internamente, criticar e valorar normas que compõem o ordenamento jurídico e, em assim sendo necessário, deixar de aplicá-las.

Neste ponto, merece destaque a discussão que se realiza sobre a possibilidade ou não de valoração da necessidade de atuação estatal em determinadas situações fáticas, mesmo quando o bem jurídico que está sendo supostamente ofendido possui expressa guarida e proteção do ordenamento jurídico.

O bem jurídico, tradicionalmente, é a base da estrutura e da interpretação dos tipos penais. Todo o sistema penal possui como base angular os tipos selecionados pelo sistema como merecedores da tutela do Estado. Mas os bens jurídicos que recebem a guarida do Estado para se tornarem protegidos pelo ordenamento jurídico penal não podem, simplesmente, representar a vontade dos legisladores que criam estas mesmas normas. Esta escolha de

bens jurídicos tutelados deve possuir um sentido social próprio, como salienta Bittencourt.<sup>13</sup>

Este é o cerne da discussão: tanto o bem jurídico vida quanto o bem jurídico integridade física possuem guarda e são expressamente protegidos por nosso ordenamento jurídico. Existiria, pois, a possibilidade de tipificação penal da conduta do *barebacking* com a intenção de transmissão do HIV das formas mencionadas no tópico anterior.

A conduta seria teoricamente antijurídica. Mas há que se realizar uma abordagem sobre as chamadas causas de justificação da antijuridicidade. As causas de justificação são aquelas que possuem o condão de excluir o caráter antijurídico de uma conduta. Em um sistema que possui como inspiração o princípio da legalidade, estas causas de justificação encontram-se expressamente previstas na legislação.

Entretanto, é cediço em doutrina a possibilidade de aceitação de causas supralegais de exclusão de antijuridicidade e a principal delas seria o consentimento do ofendido. Para que o consentimento do ofendido tenha a força de excluir a antijuridicidade da conduta, este deve ser manifestado por ofendido capaz, de forma livre e sobre bem jurídico disponível.

Neste ponto é que a doutrina garantista possui total aplicação: existe a possibilidade de se valorar os bens jurídicos tutelados em cada caso concreto e, em assim entendendo o juiz ao prestar a tutela jurisdicional, justificar a conduta do agente e excluir a antijuridicidade da mesma.

Nesta situação em especial, onde os envolvidos conscientemente se colocam em uma situação em que assumem todos os resultados da conduta e, principalmente, pretendem atingir aquele fim de contaminação a qualquer custo, há que se questionar a possibilidade de uma valoração axiológica do fato, independentemente da possível tipificação penal, admitindo-se assim, o consentimento do ofendido como forma de exclusão da antijuridicidade da conduta, através de uma interpretação axiológica do bem jurídico tutelado, entendendo-o, neste caso, como disponível.

Através de uma interpretação garantista, poderíamos afirmar a necessidade de reelaboração da rígida hierarquia dos bens considerados merecedores de tutela pelo Estado e de sua classificação como disponíveis ou não disponíveis.

A engessada conceituação de determinados bens jurídicos como indisponíveis só fortalece a possibilidade de persecução penal do Estado, o que contraria toda a intenção dos modernos sistemas de Direito. O Direito Penal, como sempre se afirmou, é a última *ratio* do sistema, devendo intervir somente quando houver uma imperativa necessidade.

A transmissão do vírus HIV é, sim, lesiva a bens jurídicos tutelados, de acordo com nosso ordenamento jurídico, se realizarmos uma mera



subsunção do fato à norma. Mas esta interpretação deixa de ser constitucionalmente aceita, quando ela simplesmente é dissociada da realidade. Havendo plena consciência dos envolvidos sobre o ato que está sendo praticado, há de se aplicar a justificante do consentimento do ofendido que exclui a antijuridicidade da conduta.

#### 4 SÍNTESE CONCLUSIVA

O *barebacking* consiste numa conduta onde os envolvidos atentam contra a integridade física ou a vida, suas ou de outrem. A gravidade da ação ganha contornos mais dramáticos quando os praticantes buscam soropositivos com o objetivo que contraírem o vírus HIV e as conseqüências psíquicas, físicas, sociais ou relacionais que a mesma tem a possibilidade de desencadear.

O questionamento decorrente de um comportamento tão extremado é se o mesmo pode ou não ser considerado uma ação integrada ao conjunto de liberdades individuais. O objetivo de contrair ou transmitir uma doença sexualmente transmissível, por intermédio de ato sexual, atenta contra os bens tutelados pelo ordenamento jurídico? A liberdade de disposição sobre o corpo apresenta um limite extremo nesta hipótese? Existe a possibilidade de mitigação do conceito de bens jurídicos indisponíveis a fim de se justificar a conduta, excluindo assim sua antijuridicidade?

A resposta mais racional é que sim. A persecução penal do Estado não pode se fundar em critérios morais ou hipócritas. A possibilidade de disposição dos bens jurídicos em questão deve ser admitida através da interpretação valorativa da conduta acima descrita. A transmissão do HIV entre pessoas maiores, capazes e conscientes, que buscam esta finalidade como 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 antijuridicidade da conduta.

Esta afirmação, feita de forma inicial, objetiva estabelecer uma discussão primária e polêmica sobre o problema. Contudo, o limite destas afirmações enfrenta um universo dissimulado, estatizante e anti-liberal. O Estado, objetivamente, não tem suas funções realizadas porque efetivamente não passa de uma ficção jurídica que serve para controlar determinados grupos sociais. Contemporaneamente, é reconhecido pela sua falta de habilidade para lidar com a delinquência ou os comportamentos considerados lesivos.

Toda e qualquer ação do Estado é ilegítima se desligada do interesse de cada membro que a compõe. Como tal condição é particularmente irrealizável é também fictícia qualquer tese persecutória ou apenadora que não atente para o que naturalmente pertença ao sujeito liberto. Todo ato de autoridade de um homem em relação a outro que não derive da absoluta necessidade é tirânico, dizia Montesquieu.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.
- COTRAN, Ramzi *et. alli*. *Patologia estrutural e funcional*. Trad. Jane Bardawil Barbosa *et. ali*. 6 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer *et ali*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SHERNOFF, Michael. The sociology of barebacking. *The Gay & Lesbian Review Worldwide*. Boston: Feb 28, 2005. Vol. XII, Iss. 1; p. 33-37.
- SUAREZ, Troy; MILLER, Jeffrey. Negotiating risks in context: a perspective on unprotected anal intercourse and barebacking among men who have sex with men. Where do we go from here? *Archives of Sexual Behavior*. New York: Jun 2001. Vol. 30, Iss. 3; p. 287-301.
- SUPREME Court of the United States. John Geddes Lawrence and Tyron Garner v. State of Texas – On Writ of Certiorari to the Court of Appeals of Texas Fourteenth District – Brief of Amicus Curiae Concerned Women for America, in Support of the State of Texas, Respondent. Page 1. N O . 02-102 I N T H E Supreme 7000 Counsel for Amicus Curiae Page 2. Page 3. T A B L E O F C . Disponível em: [http://supreme.lp.findlaw.com/supreme\\_court/briefs/02-102/02102.mer.ami.cwa.pdf](http://supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/briefs/02-102/02102.mer.ami.cwa.pdf)
- TOMSO, Gregory. Bug chasing, barebacking, and the risks of care. *Literature and Medicine*. Baltimore: The Johns Hopkins Univesity Press, Spring 2004. Vol. 23, Iss. 1; p. 88-111.

---

<sup>1</sup> “Unprotected anal intercourse is variously referred to as “barebacking,” “raw sex,” “natural sex,” or “uninhibited sex.” The first time that the term “barebacking” appeared in print was in a 1997 POZ magazine article entitled “My Turn: Riding Bareback,” in which the late AIDS activist and writer Stephen Gendin described the thrill of not using a condom during anal sex with other HIV-positive men”. (SHERNOFF, Michael, The sociology of barebacking, p. 33).

<sup>2</sup> Tomso estabelece as seguintes definições: “(...) barebacking (n.): intentional unprotected anal sex; bug chasing (n.): intentional unprotected anal sex performed in order to become infected with HIV; gift giving (n.) intentional unprotected anal sex performed in order to infect another person with HIV”. (Bug chasing, barebacking, and the risks of care, 2004, p. 88).

<sup>3</sup> “British psychologist Michelle Crossley suggests that condomless sex may be for some gay men a current manifestation of their need to hold on to a transgressive aspect of their ‘outlaw sexuality’. She sees this as a consistent feature of the gay male psyche since the early days of gay liberation. Today, the focus has shifted to gay marriage, service in the military, and parenthood. For men who once relished their self-image as sexual outlaws, barebacking is one way to do something that’s considered transgressive. (SHERNOFF, Michael. The sociology of barebacking. *The Gay & Lesbian Review Worldwide*. Boston: Feb 28, 2005. Vol. XII, Iss. 1, p. 34).

<sup>4</sup> “Gay activists, too, are interested in these relatively new sexual behaviors. Some see them as proof of a proclivity toward self-destructive, sexual excess inherent to gay life while others regard barebacking and bug chasing as powerful acts of political resistance to conventional sexual morality and scientific orthodoxy. (TOMSO, 2004, p. 88).

<sup>5</sup> “The final group consists of young men who have sex with men (YMSM) who engage in UAI. Their lack of experience with the devastation of AIDS and their pessimistic view of the future may lead to risky behavior. Although YMSM do not have enough history with AIDS to be ‘burnt out’ *per se*, these individuals may still adopt riskier sexual practices out of lack of respect for this potentially fatal disease. Seal and colleagues (2000) reported that YMSM feel pessimistic about aging as gay men and may view HIV as a way of escaping a dreaded future. Scarce (1999) reported that some YMSM with whom he talked actually set out to become infected, and some went so far as to select a “father” for their virus so that they could control how and when they got infected rather than leaving it to chance. Given the homophobic pressures that YMSM must manage when coming out, it is not surprising that these young men feel less than optimistic about their future. It appears that short of therapeutic intervention, only societal interventions aimed at reducing homophobia and promoting healthy and dynamic gay role models will help reduce fatalistic thinking in this group”. (SUAREZ, Troy; MILLER, Jeffrey. Negotiating risks in context: A perspective on unprotected anal intercourse and barebacking among men who have sex with men. Where do we go from here? *Archives of Sexual Behavior*. New York: Jun 2001. Vol.30, Iss. 3; p. p. 287-290).

<sup>6</sup> ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR. REPRESENTAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MP. AIDS. FIXAÇÃO DA PENA EM GRAU SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRELIMINAR DE NULIDADE O PROCESSO POR ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO INCONSISTENTE. PROVA IDÔNEA E SUFICIENTE PARA SUSTENTAR O DECRETO CONDENATÓRIO. DOSIMETRIA DA PENA ADEQUADA E SUFICIENTE PARA PREVENIR E REPRIMIR O CRIME. RECURSO DESPROVIDO. 1. Manifestando de maneira inequívoca o representante legal da vítima menor o seu propósito de processar o ofensor, é o quanto basta para a ação penal, já tendo a jurisprudência se fixado no sentido da representação se aperfeiçoar com a expressa manifestação de vontade. 2. Agente apontado pela vítima como autor de copula anal, cujo auto de exame de violência sexual é positivo e não nega ter estado com a vítima no local onde fora apontado como o da prática do crime, tem contra si prova indubitosa da autoria. 3. Mostra-se bem adequada a pena-base fixada acima do mínimo para agente portador do vírus HIV, que sem qualquer preservativo, violenta menor com 10 anos de idade mantendo com a mesma coito anal em que há sangramento do anus com sério risco de transmitir-lhe a terrível doença. (LCR) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação criminal n. 1999.050.03399. 1ª Câmara Criminal. Rel. Des. José Carlos Watzl. Julg. em 16.5.2000).

<sup>7</sup> Tem posicionamento contrário Fernando Capez: “Quanto à AIDS, a transmissão dessa doença não configura o delito do art. 130 do CP, pois, além de não ser considerada doença venérea pela medicina, não é transmissível somente por meio de relações sexuais, mas também, por exemplo, por transfusão de sangue, emprego de seringas usadas. Do mesmo modo, a transmissão desse vírus também não configura o delito do art. 130, mas homicídio tentado ou consumado. Assim: a) se o agente como o fim de transmitir a doença e acaba por efetivamente transmiti-la, o enquadramento da conduta dar-se-á no homicídio doloso tentado consumado (art. 121, caput); b) se o agente, estado contaminado, transmite o vírus culposamente, responderá pelo delito de lesão corporal culposa (art. 129 § 6º) ou homicídio culposo (art. 121, § 3º) e não pelo crime do art. 131, o qual restará absorvido.” (*Curso de direito penal*, v. 2, p. 165).

<sup>8</sup> HABEAS CORPUS – TENTATIVA DE HOMICÍDIO – PORTADOR VÍRUS DA AIDS – DESCLASSIFICAÇÃO – ARTIGO 131 DO CÓDIGO PENAL – 1. Em havendo dolo de matar, a relação sexual forçada e dirigida à transmissão do vírus da AIDS é idônea para a caracterização da tentativa de homicídio. 2. Ordem negada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 9378/RS. 6ª Turma. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Publ. DJU I 23.10.2000, p. 186).

<sup>9</sup> “Até o fim de 1997, mais de 600.000 casos de AIDS foram notificados nos EUA. Destes certa de 60% morreram e, a despeito de avanços marcantes no tratamento medicamentoso, a taxa de mortalidade real provavelmente se aproxima de 100%. Nos EUA, a AIDS é a principal causa de morte de homens entre 25 e 44 anos de idade, e a terceira maior causa de morte em mulheres na mesma faixa etária”. (COTRAN, Ramzi *et. alii*. *Patologia estrutural e funcional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 2000. p. 211).

<sup>10</sup> HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PORTADOR VÍRUS DA AIDS. DESCLASSIFICAÇÃO. ARTIGO 131 DO CÓDIGO PENAL. 1. Em havendo dolo de matar, a relação

sexual forçada e dirigida à transmissão do vírus da AIDS é idônea para a caracterização da tentativa de homicídio. 2. Ordem denegada. Decisão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram, com o Relator, os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Vicente Leal e Fernando Gonçalves. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 9378/RS. 6ª Turma. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Publ. DJU I 23.10.2000, p. 186).

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 200.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 697-700.

<sup>13</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

## HIV AND BAREBACKING: A BRIEF WARRANTY READING

### ABSTRACT

The authors try to realize a brief penal law reading focusing a sexual behavior known as *barebacking*.

### KEYWORDS

Barebacking. HIV. AIDS. Penal Law. Reinforcement.

## VIH ET BAREBACKING: BREF ANALYSE DES GARANTIES

### RÉSUMÉ

Les auteurs cherchent établir des brèves lectures criminelles des garanties sur une pratique comportementale auto-lesive de nature sexuelle, connue comme *barebacking*.

### MOTS-CLÉS

*Barebacking*. VIH. AIDS. Droit pénal. Garanties.