KELLY CRISTINA CANELA

O “stuprum per vim” no direito romano

(Tese de Doutorado)

Orientador:

Prof. Titular Eduardo César Silveira Vita Marchi

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo

2009

*Aos meus pais, Osvaldo e Luzia,
Aos meus irmãos, Osvaldo e Fabiana,
Aos meus sobrinhos, Rafael, Gabriel e Felipe,*

Este trabalho contou com o incentivo da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP)

Índice geral

I. Introdução.....	5
II. Aspectos presentes nas fontes literárias sobre a sexualidade feminina e o estupro.....	7
1. <i>Observações preliminares.....</i>	<i>7</i>
2. <i>Honestidade feminina</i>	<i>17</i>
3. <i>Conduta da vítima.....</i>	<i>31</i>
III. Do <i>stuprum per vim</i>.....	54
1. <i>Questões terminológicas.....</i>	<i>54</i>
2. <i>Conceito.....</i>	<i>58</i>
3. <i>Elementos constitutivos do crime</i>	<i>62</i>
IV. O debate da doutrina romanística relativo à legislação aplicada na repressão do <i>stuprum per vim</i>.....	77
1. <i>Aspectos preliminares aos sistemas repressivos do ‘stuprum per vim’ ..</i>	<i>77</i>
2. <i>“Iniuria”</i>	<i>81</i>
3. <i>“Adulterium stuprum”</i>	<i>89</i>
4. <i>“Crimen vis”</i>	<i>102</i>
V. Exegese dos principais textos concernentes ao instituto.....	117
1. <i>Exegese de Marcian. 14 “inst.”, D.48,6,3,4 e de Ulp. 4 “de adult.”, D.48,5,30(29),9.....</i>	<i>117</i>
2. <i>Exegese de Ulp. 2 “de adult.”, D.48,5,14(13),7.....</i>	<i>132</i>
3. <i>Exegese de Pap. 15 “resp.”, D.48,5,40(39) pr.....</i>	<i>138</i>
4. <i>Exegese de C.9,9,7 e de C.9,9,20.....</i>	<i>143</i>
VI. Conclusão.....	151
Índice das fontes.....	155
Bibliografia.....	161
Abstract.....	169

Principais abreviaturas*

A) FONTES

C.	= <i>Codex Iustinianus</i>
CIL.	= <i>Corpus Inscriptionum Latinarum</i>
Coll.	= <i>Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum</i>
CP	= Código Penal
C.Th	= <i>Codex Theodosianus</i>
D.	= <i>Digesta</i>
FIRA	= <i>Fontes iuris Romani anteiustiniani</i>
Gai.	= <i>Gai Institutiones</i>
Inst.	= <i>Institutiones Iustiniani</i>
Ord. Afons.	= Ordenações Afonsinas
Ord. Filip.	= Ordenações Manuelinas
Ord. Manuel.	= Ordenações Filipinas

B) REVISTAS, COLEÇÕES E COLETÂNEAS

AG	= <i>Archivio Giuridico “Filippo Serafini” (Modena)</i>
AHDE	= <i>Anuario de Historia del Derecho Español (Madrid)</i>
BIDR	= <i>Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano (Roma)</i>
ED	= <i>Enciclopedia del Diritto (Milano)</i>
IURA	= <i>Rivista Internazionale di Diritto Romano e antico (Catania)</i>
Labeo	= <i>Rassegna di Diritto Romano (Napoli)</i>
NNDI	= <i>Novissimo Digesto Italiano (Torino)</i>
RIDA	= <i>Revue Internationale des Droits de l’Antiquité (Bruxelles)</i>
SDHI	= <i>Studia et Documenta Historiae et Iuris (Roma)</i>
SZ	= <i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung (Weimar)</i>

* Nas citações bibliográficas, a referência a uma obra já citada anteriormente virá acrescida da identificação da nota de rodapé onde ela apareceu a primeira vez.

I. Introdução

Esta tese de doutorado apresenta uma tentativa de reconstrução do *stuprum per vim* no direito romano, ou simplesmente, do estupro, como denominados modernamente. Trata-se de um crime constantemente mencionado na literatura não-jurídica e intimamente ligado às vicissitudes políticas da Roma Antiga.

Estes fatos indicariam, pois, que o direito romano, deste o seu período arcaico, teria construído uma regulamentação jurídica exaustiva sobre o tema.

O estudioso moderno, porém, defronta-se, de forma perplexa, com uma inexplicável escassez de fontes jurídicas sobre o tema, as quais somente apresentam breves referências sobre o ilícito¹. Ademais, destaca-se, que o estupro *per vim* não apresentou autonomia conceitual no direito romano².

Por outro lado, os grandes e poucos manuais de direito penal romano apenas citam a existência deste crime, mas não aprofundam o tema.

Existem alguns estudos sobre o estupro na Antigüidade, mas eles trazem argumentos esparsos e não se detêm especificamente nas fontes jurídicas³.

Todavia, recentemente, três romanistas italianos elaboraram alguns fundamentais trabalhos sobre o tema, embora cada autor tenha uma abordagem específica sobre a matéria e opiniões próprias sobre diversas questões⁴.

O tema ainda não foi esgotado, e nem poderia, diante das dificuldades encontradas nas fontes. O debate apenas foi iniciado.

Nesta tese, enquanto buscaremos reconstruir esta figura penal, com uma nova forma de abordagem do tema, também realizaremos uma revisão crítica sobre os trabalhos já publicados.

Também é a nossa proposta oferecer alguns subsídios histórico-jurídicos para a reflexão sobre alguns problemas pertinentes à legislação penal brasileira, no que tange ao crime de estupro, especialmente diante da recente lei n. 11.106/05.

¹ Cf. Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,3,4; Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29),9; Ulp. 2 *de adult.*, D.48,5,14(13),7, C.9,9,7; C.9,9,20; Pap. 15 *resp.*, D.48,5,40(39) pr., P.S. 5,4,1-4.

² F. BOTTA, '*Per vim inferre*'. *Studi su 'stuprum' violento e 'raptus' nel diritto romano e bizantino*, Cagliari, Edizioni AV, 2004, p. 21.

³ Mencionamos, por exemplo, G. DOBLHOFFER, *Vergewaltigung in der Antike*, Leipzig, B. G. Teubner, 1994 e S. DEACY, -K. F. PIERCE, (org.), *Rape in antiquity*, London, Gerald Duckworth & Co, 1997.

⁴ F. BOTTA, '*Per vim inferre*' cit.; F. LUCREZI, *La violenza sessuale in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio" II*, Torino, Giappichelli, 2004; G. RIZZELLI, '*In has servandae integritatis custodias nulla libido inrumpet*' (Sen. '*contr.* 2.7.3). *Donne, passioni, violenza*, in F. LUCREZI – F. BOTTA – G. RIZZELLI, *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, Lecce, Edizioni del Grifo, 2003, pp. 105-135.

Para tanto, após a presente introdução, serão analisados alguns aspectos sobre a sexualidade feminina e o estupro nas fontes não-jurídicas, especificamente no que tange ao tema da honestidade feminina e à conduta da vítima.

Posteriormente, procederemos ao estudo das questões terminológicas e proporemos um conceito com a finalidade didática. Em seguida, serão apresentados alguns elementos constitutivos do crime.

Quanto ao sistema repressivo do *stuprum per vim*, serão examinados três espécies de crimes que, de alguma forma, estão relacionados com este ilícito penal nas fontes jurídicas.

Por fim, serão realizadas breves exegeses sobre os textos mais importantes.

O último passo será a conclusão, com a apresentação dos resultados da pesquisa.

II. Aspectos presentes nas fontes não-jurídicas sobre a sexualidade feminina e o estupro.

1. Observações preliminares

O objetivo deste capítulo não é comprovar que as fontes não-jurídicas aqui mencionadas influenciavam diretamente ou indicavam com precisão o direito romano. Esta metodologia seria imprópria.

Entretanto, a literatura clássica apresenta inúmeros registros de violências sexuais. E a forma como cada autor abordou o tema não pode ser ausente de valor para um estudioso do direito antigo, pelo menos no que tange à reflexão sobre os diversos pensamentos que influenciaram determinadas sociedades e a eventual ligação entre estas idéias e o desenvolvimento das regras jurídicas.

C. EDWARDS⁵ explica que os textos de retórica ou de poetas da Antigüidade não podem ser utilizados para reconstruir com certeza um comportamento individual. Mas isso não significa, segundo a autora, que um texto deste gênero esteja completamente apartado da realidade social em que ele foi escrito. Assim, esta literatura teria grande valor na medida em que ela pode, em alguns casos, refletir os interesses de um grupo.

A relevância da literatura clássica nos estudos de direito romano foi ressaltada por E. CANTARELLA⁶. Esta romanista, especialista no tema da mulher e dos direitos antigos, especialmente nos direitos grego e romano, observa que as fontes literárias são um instrumento insubstituível para o estudioso que precisa reconstruir as normas jurídicas no interior do contexto sócio-cultural.

Segundo esta autora, os estudos envolvendo o direito antigo e a literatura clássica desenvolveram-se, consoante dois segmentos: *Law in Literature* e *Law as Literature*⁷.

No primeiro sistema é questionado se e como os textos literários podem ser utilizados por um jurista para conhecer determinada realidade que é objeto de estudo⁸.

⁵ *The politics of immorality in Ancient Rome*, New York, Cambridge, 2002, pp. 11-12.

⁶ *Premessa*, in E. CANTARELLA-L. GAGLIARDI (org.), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano, Led, 2007, pp. 9-15.

⁷ E. CANTARELLA, *Premessa* cit. (nota 6 supra), p. 10.

⁸ E. CANTARELLA, *Premessa* cit. (nota 6 supra), p. 10. Ela ainda afirma (p. 11) que o pioneiro dos estudos que posteriormente fizeram parte da *Law in Literature* foi Louis Gernet, “*straordinario e raffinato letterario e giurista*”.

Certamente este é o método mais aceito pela romanística moderna, a qual encontra, com razão, uma série de restrições no emprego das fontes literárias no estudo do direito romano, utilizando-as com cautela.

O outro segmento, denominado “Literatura como Direito”, analisa o direito como um produto literário, uma construção histórica. Nesta metodologia, afirma a estudiosa, aos textos jurídicos são aplicadas técnicas e métodos da teoria e da análise literária⁹.

Não adotamos este posicionamento, pois o direito romano possui métodos próprios. Todavia, não negamos a utilidade das fontes literárias, como subsidiárias às fontes jurídicas, na reconstrução de estruturas legislativas – já que muitas vezes existe pouco material para o estudo de um específico instituto jurídico, o que ocorre notoriamente no direito penal romano – e na tentativa de conhecer o pensamento de determinados grupos.

F. SERRAO¹⁰, explica que as fontes jurídicas são as mais importantes e usuais no estudo do direito romano. Os históricos, por outro lado, auxiliam na reconstrução de um quadro geral do período estudado.

Continuando a explanação, este autor afirma que os elementos fundamentais de alguns institutos do direito privado ou do direito público podem ser encontrados nas orações, nas obras retóricas, filosóficas e políticas, sendo que as fontes mais importantes, neste sentido, são as obras de Cícero, mesmo quanto à idade arcaica¹¹.

Para ele, as obras dos gramáticos, dos antiquários, e dos escritores enciclopédicos possuem grande utilidade na reconstrução dos mais antigos institutos, principalmente de direito privado, quando não houver fontes jurídicas suficientes¹².

Algumas importantes e recentes obras italianas apresentam, na discussão sobre a violência sexual no direito romano, uma série de fontes literárias para fundamentarem os seus pensamentos¹³. E o resultado apresentou-se muito positivo na medida em que foram suscitadas interessantes reflexões.

Desta forma, seguindo esta mesma tendência, apresentamos algumas breves, porém interessantes informações advindas da literatura não-jurídica.

Nesta abordagem preliminar destacamos primeiramente alguns famosos casos de violência sexual narrados na literatura clássica.

⁹ E. CANTARELLA, *Premessa* cit. (nota 6 supra), p. 10.

¹⁰ *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma – Prima parte*, Napoli, Jovene, 1984, pp. 37-39.

¹¹ F. SERRAO, *Diritto privato* cit. (nota 10 supra), p. 37.

¹² F. SERRAO, *Diritto privato* cit. (nota 10 supra), p. 37.

¹³ Como será analisado mais detalhadamente adiante, os dois principais autores contemporâneos que utilizam esta perspectiva nos seus trabalhos sobre o *stuprum per vim* no direito romano são: G. RIZZELLI, *Le donne nell'esperienza giuridica di Roma antica. Il controllo dei comportamenti sessuali. Una raccolta di testi*, Lecce, Edizioni del Grifo, 2000, pp. 105-135 e F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), pp. 1-11.

Como observa K. W. WEEBER¹⁴, os atos violentos de caráter sexual não eram insólitos na sociedade romana, como comprovam as obras dos retores encarregados de defender os acusados de tais ilícitos¹⁵ e as obras literárias¹⁶ que destes fatos trazem referência.

Apenas na obra *Metamorphoses*, de Ovídio, detectamos doze casos de violência sexual. Aqui há um grande destaque quanto ao estupro praticado contra jovens em razão do incontido desejo dos deuses.

Dentre algumas situações, lembramos de Júpiter, o qual assumindo a forma de Diana, enganou uma virgem e, depois de assumir a sua verdadeira identidade, violentou-a¹⁷.

A bela ninfa Liríope foi estuprada violentamente por Céfiso¹⁸.

Há, além disso, o caso de Leucotoe. Apolo era apaixonado por esta virgem. Com o fito de possuí-la, este deus assumiu o aspecto de sua mãe para entrar no quarto da jovem. No final deste episódio, ele consegue violentá-la sem que ela protestasse. Clícia, como desejava Apolo, acusou Leucotoe, movida pela inveja, de ter cometido adultério. Esta, mesmo dizendo ao pai que não quis o estupro, foi por ele enterrada viva¹⁹.

Ainda no tocante à obra de Ovídio, mencionamos o caso de Netuno, que violou Medusa no templo de Minerva²⁰.

Além disso, cabe lembrar que o estupro era uma relevante forma de atuação durante o período de guerras. É interessante lembrar que, em 387 a.C., quando Roma foi conquistada pelos gauleses e várias mulheres romanas arriscaram ser vítimas deste “direito de guerra”, os próprios romanos criaram o estratagema de enviar numerosas escravas ao acampamento dos inimigos²¹.

No que tange à guerra, ainda é possível trazer à memória o legendário início de Roma, com o rapto das sabinas, classificado como violência sexual de massa, legitimado, nesta feita, por um contexto militar caracterizado como “medida de emergência” de Roma,

¹⁴ K. W. WEEBER, *Alltag im Alten Rom : ein Lexicon*, trad. it. de Francesca Ricci, *Vita quotidiana nell' antica Roma. Curiosità, bizzarrie, pettegolezzi, segreti e leggende*, Roma, Newton & Compton, Edizione Speciale per Il Giornale, 2003, p. 431.

¹⁵ Cf. Sên., *Contr.* 1,5; 3,5; 7,18 e Quint., *Declam.* 262; 349.

¹⁶ K. W. WEEBER, *Alltag im Alten Rom* cit. (nota 14 supra), p. 431.

¹⁷ Ovíd., *Metam.* 2,437: “*superum petit aethera victor Iuppiter*”. Em momento diverso, Júpiter violenta sexualmente uma outra virgem. Cf. *Metam.* 1,66: “*occuluit tenuitque fugam rapuitque pudorem*”.

¹⁸ Ovíd., *Metam.* 3,343: “*Cephisos in undis vim tulit*”.

¹⁹ Ovíd., *Metam.* 4,233: “*victa nitore dei posita vim passa querella est*”.

²⁰ Ovíd., *Metam.* 4,798: “*hanc pelagi rector templo vitiasse Minervae dicitur*”. Outros exemplos de situações de violência carnal encontradas nesta obra: 6,524; 8,592; 8,850; 9,331; 11,308; e 12,196.

²¹ K. W. WEEBER, *Alltag im Alten Rom* cit. (nota 14 supra), p. 431. Cf. Plut., *Mor.* 313 a.

devida à carência de mulheres²². Este rapto foi essencial para assegurar a continuidade da população da nova cidade e, posteriormente, para a aliança com os sabinos²³.

Nos primeiros livros da obra *Ab Urbe Condita* de Lívio, a violência sexual precedeu a maior parte dos grandes eventos políticos. Supostamente Marte estuprou a virgem vestal Rea Sílvia, gerando o nascimento de Rômulo, o fundador de Roma²⁴.

J. A. ARIETE²⁵ destaca a forte ligação, existente na literatura, entre a política e o estupro. A violência contra Lucrecia derrubou a monarquia e estabeleceu a República. O rapto das prostitutas romanas pelos desordeiros sabinos desencadeou a imediata ditadura. Finalmente, o estupro de Virgínia ocasionou a dissolução do segundo decenvirato e o retorno da República.

O fato destas histórias mostrarem o estupro como impulso relevante para a ocorrência de transformações políticas, certamente demonstra um importante aspecto da cultura romana: a forte aversão pela prática da violência sexual, repulsa esta que se iniciava pelo próprio indivíduo atingido, depois, pelos seus familiares e, esta característica parece-nos relevante, pela própria sociedade que, deixando de ser um simples espectador, passava atuar ativamente para reparar o mal.

Podemos imaginar, pois, que a sociedade romana exigia uma punição ao fato criminoso, uma repressão severa, coerente com a gravidade do crime.

Destacamos, porém, dois casos, cuja narração suscita interessantes observações sobre a resposta social diante da violência carnal.

Como observa F. LUCREZI²⁶, os mesmos fundamentos éticos, civis e políticos da *libera res publica Romanorum* estão ligados, de forma profunda, à repulsa da violência sexual. A conquista da liberdade, realizada através de uma árdua e inexorável antítese à tirania régia, encontrou importante manifestação formal no sacro juramento de *Junius Brutus* aos cidadãos, no sentido de combater os tiranos e não permitir, daquele momento em diante, que alguém tivesse um poder absoluto e centralizador em Roma. Tal fato, para este romanista, representou a recepção do pedido, antes da sua morte, da honesta Lucrecia, mulher de *Tarquinius Collatinus*.

²² K. W. WEEBER, *Alltag im Alten Rom* cit. (nota 14 supra) p. 431. Segundo Ovídio, *Ars Am.* 1,125, as Sabinas foram um produto destinado à reprodução.

²³ J. A. ARIETE, *Rape and Livy's view of Roman history*, in S. DEACY-K. F. PIERCE (org.), *Rape in antiquity*, London, Gerald Duckworth & Co, 1997, p. 209.

²⁴ J. A. ARIETE, *Rape and Livy's view* cit. (nota 23supra), p. 209. Cf. Lív., *Ab Urb.* 1,1,4: “*Vi compressa Vestalis cum geminum partum edidisset*”.

²⁵ *Rape and Livy's view* cit. (nota 23 supra), p. 209.

²⁶ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 1.

Lucrécia, mulher de um membro da família real, era considerada uma mulher honesta e virtuosa. Para o seu trágico destino, *Sextus Tarquinius*, filho do rei, resolveu pedir a hospitalidade de sua casa por uma noite. Quando todos estavam dormindo, Tarquínio entrou no quarto de Lucrécia armado e com a intenção de possuí-la. Munida exclusivamente pela virtude, ela resistiu tenazmente no primeiro momento.

O agressor, então, para vencer a sua resistência, ameaçou gravemente a sua reputação: não se entregando, ele iria matá-la e colocar ao lado dela o corpo nu de um escravo. Diria a todos que os encontrara num abraço adúltero e, por isso, os matara no ato.

Diante de tal grandíssima ameaça, Lucrécia cedeu. Em seguida, após relatar tal fato a seu pai e a seu marido, cumpriu a última providência que lhe restara: suicidou-se – *nunc ulla impudica Lucretiae exemplo vivet*²⁷.

Lucrécia foi violentada por Sexto Tarquínio, filho do rei Tarquínio, o Soberbo, e, desta forma, perdeu o seu mais precioso bem: a honra. Seu corpo foi constrangido, mas a sua alma permaneceu intacta, graças à sua morte. Mas antes do seu final, a virtuosa mulher ordenou ao marido, ao pai e aos demais companheiros destes, que todos prometessem, solenemente, caso fossem verdadeiros homens, não deixar impune a desonra sofrida. E assim eles prometeram²⁸.

Interessante observar que, mesmo confirmando a sua inocência, Lucrécia transpassou uma faca no seu coração, numa injusta punição, mas com o intuito de que nenhuma mulher, no futuro, pudesse viver desonrosamente usando o seu exemplo. E foi sobre o sangue desta mulher, castíssimo antes da violência perpetrada, que Bruto jurou libertar Roma da ímpia realeza e não permitir, para sempre, que houvesse qualquer forma de reinado. Ninguém mais, pelo seu juramento, seria rei²⁹.

Os cidadãos romanos, vítimas coletivas do mencionado estupro³⁰, empenharam-se em vingar o *castissimus sanguis*. Esta luta coincidiu com a defesa da República³¹.

Isto bem demonstra a aversão social contra este ato violento.

²⁷ Cf. Lív., *Ab Urb.* 1,58-59: “Jamais Lucrécia fornecerá um precedente para as mulheres que não são castas escapem ao que merecem”. Cf. N. BRYSON, *Duas Narrativas de Estupro nas Artes Visuais: Lucrécia e as Mulheres Sabinas*, in S. TOMASELLI – R. PORTER (org.), *Rape pe*, s.l., s.d., trad. port. de A. Calado, *Estupro*, Rio de Janeiro, Rio Fundo, 1992, p.160.

²⁸ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 2.

²⁹ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 2. Este autor apresenta, dentre outras, uma série de fontes literárias que relatam o caso de Lucrécia (p. 2, nt. 3): Lív., *Ab Urb.* 1,57-59; Dion., *Hal.* 4-64-67, 4,70; Ovíd., *Fasti* 2,721-852; Cíc., *De Fin.* 2,20,66; Val. Máx. 6,1,1; Plín., *Nat.* 34,13 ; Ago., *Civ. Dei* 1,91.

³⁰ G. RIZZELLI, *Le donne nell’esperienza* cit. (nota 13 supra), p. 8, nt. 2.

³¹ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), pp. 2-3.

Deste momento em diante, o palavra *regnum* passou a estar intimamente ligada às noções de violência e tirania. Por outro lado, a negação do *regnum* passou a exprimir um significado de virtude, honra. Contudo, ainda restaram traços da tirania e de insana libido³².

Este episódio de Lucrecia gerou muitos debates, desde Santo Agostinho, como veremos adiante, no que tange ao consenso da vítima, até os tempos modernos³³.

Muitos aspectos podem ser indagados.

Iniciemos, por exemplo, com o prisma da moralização.

Lívio era um historiador, originário de Pádua, e viveu no mesmo período de Augusto, desenvolvendo estreitos laços com este. O escritor era defensor da ordem social que possibilitou a Roma obter uma posição de prestígio absoluto e, juntamente com o imperador, dedicou-se ao programa de restauração moral e religiosa. Seu objetivo era transmitir à posteridade a virtude romana, vista, por ele, como um valor absoluto e atemporal³⁴.

Segundo E. VANDIVER³⁵, as histórias de Lucrecia e do rapto das sabinas não expressavam simplesmente exemplos gerais para todas as mulheres. Em oposição, eram exemplos a serem aplicados por um grupo específico de pessoas e em relação a um tipo determinado de problema. Tais discursos dirigiam-se, pois, àquelas mulheres romanas aristocratas, bem-criadas e que viviam em busca do luxo e do prazer, contrariando a já antiquada moral das *matronae* do período pré-clássico.

³² F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2supra), p. 3.

³³ R. LANGLANDS, *Sexual morality in Ancient Rome*, New York, Cambridge, 2006, p. 80, afirma que, apesar da maior parte dos protagonistas da tradição romana serem homens, Lucrecia é identificada, frequentemente, como a personagem mais citada e conhecida.

³⁴ G. PICONE-E. ROMANO-F. GASTI, *Lezione romane. Letteratura, testi, civiltà*, v. 2, Torino, Loescher, 2008, p. 558. É interessante destacar que a falta de castidade feminina foi apontada, com recorrência, como uma das causas do declínio da religião em Roma, principalmente no final da República. O escândalo dos bacanais foi apontado por Lívio como um importante episódio de deteriorização da ordem religiosa. E o impudico comportamento feminino teria sido, para o historiador, decisivo para este acontecimento. Cf. C. EDWARDS, *The politics of immorality* cit. (nota 5 supra), p. 44. Cf. Lív., *Ab Urb.* 39,15,9. No prefácio de sua obra, Lívio afirma que algumas das lendas por ele mencionadas não podem ser negadas ou confirmadas, mas que o objetivos de suas narrações era justamente apresentar ao público como era a vida e a moralidade em Roma, durante todo o desenvolvimento da sua história. Para E. VANDIVER, *The founding mothers of Livy's Rome: the Sabine women and Lucretia*, in F. B. TITCHENER-R. F. MOORTON, *Eye expanded. Life and arts in greco-roman antiquity*, London, University of California, 1999, p. 217, os episódios de Lucrecia e do rapto das sabinas, seguindo o assinalado propósito moralizante, demonstrariam que as mulheres deviam suprimir suas emoções privadas e negar seus desejos em prol do bem público. Cf. J. HARRIES, *Law and crime in the roman world*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 89-90: “In the dominant ideology of the Augustan period, which reacted against the more liberated lifestyles of the circles of Catullus, Clodia and later Antonius, Propertius and Ovid by drawing on traditions from earlier centuries, the body of a woman was at the service of her family and of the state. (...) The Livian stories were a part of Augustus’ moral message. Women were expected actively to support the honour system, not merely to acquiesce in it”.

³⁵ *The founding mothers* cit. (nota 34 supra), pp. 217-218.

Esta lenda apresenta um forte propósito moralizante, na medida em que, já no início da história, Lucrecia é caracterizada com todos os atributos de uma mulher honesta e os fatos, na sequência, acabam ressaltando com maior força este seu traço distintivo.

Primeiro ela rejeita com grande vigor Tarquínio, preferindo a morte (mais vale a morte que a desonra).

Porém, sua honra seria ameaçada e, para evitar este fato, o estupro é perpetrado (sua honra é mais valiosa que seu corpo).

Após o relato dos acontecimentos aos seus familiares, ela comete o suicídio. Seu corpo estava manchado, mas sua alma permaneceu pura.

E é justamente com esta pureza e honradez que ela justifica seu ato: sua conduta devia influenciar moralmente as demais mulheres. Para evitar que a sua justificativa sobre a coação sofrida pudesse se transformar em mera desculpa para a prática de condutas proibidas, ela decide acabar com a própria vida.

A narração de Lívio apresenta exageros próprios de um programa de restauração dos costumes. Evidente que não se exigia de uma mulher violentada o seu suicídio.

No entanto, a mensagem era evidente: uma mulher honrada não deveria hesitar em se sacrificar para manter a própria honra, a honra da família e, enfim, de todas as mulheres. Afinal, Lucrecia, como seu suicídio, quis evitar que outras mulheres utilizassem a violência sexual como desculpa para praticar atos imorais.

Fica clara a repugnância que o estupro gerava naquele ambiente social. Lucrecia exigiu a promessa solene dos familiares de que a cruel violência fosse punida. A repressão era necessária.

E ainda, a punição, como consequência da aversão referida, ultrapassou a pessoa do agressor, atingindo a própria estrutura monárquica, a qual foi eliminada.

Destacamos, porém, a opinião de D. MOSES³⁶. Para esta escritora o relato de Tito Lívio sobre a lenda de Lucrecia poderia indicar a dificuldade sentida, no final da República e no início do Principado, quanto ao desenvolvimento de repressão pública do *stuprum*, categoria que, segundo esta autora, compreenderia, no mencionado período, tanto o ato sexual consentido como aquele forçado. Esta última afirmação possivelmente reside no

³⁶ *Livy's Lucretia and the validity of coerced consent in roman law*, in A. E. LAIOU (org.), *Consent and coercion to sex and marriage in ancient and medieval societies*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 46: "(...) '*stuprum*', a category that included both forcible and consensual sex, during the very late Republic and very early Principate".

fato de que algumas fontes literárias analisadas pela estudiosa fazem referência à violência sexual através do termo “*stuprum*”³⁷.

O outro caso a ser explicitado é o estupro de Virgínia.

Ápio Cláudio, chefe dos decênviros, tentou estuprar a casta jovem. O agressor justificou-se dizendo que, preso pelo amor que sentia por ela, não conseguia mais distinguir o permitido do proibido.

F. LUCREZI³⁸ menciona que este acontecimento desencadeou uma violenta reação, induzindo os cidadãos a abandonarem o decenvirato manifestadamente tirânico. Mais uma vez o *castus sanguis* convocou a República a cumprir os seus deveres.

Após o evento, o pai da virgem, Lúcio Vergínio, assassinou a própria filha para lhe salvar honra e consagrou aos deuses infernais, com o sangue desta, o responsável pela tragédia³⁹.

Mais uma vez, a violação de uma mulher gerou efeitos gravíssimos para ela (a sua morte), para o pai (ultraje do estupro e homicídio da própria filha) e para toda a sociedade (parte dos decênviros foi morta e houve a retomada da República).

Seguindo os fatos descritos em Gai. 1 *ad leg.*, D. 1,2,2,24⁴⁰, fonte jurídica, e, portanto, de incontestável valor para a análise do direito, Vergínio considerou mais importante conservar a castidade da filha do que a vida dela. Ao assassiná-la ele afastou o ultraje do estupro. Intenso, neste sentido, o propósito moralizante. Mas certamente não se exigia um tal comportamento do pai.

³⁷ Assim, por exemplo, Cíc., *De leg.* 2,10; Cíc. *De Fin.* 2,66 e 5,64: “(...) nostra in re publica [Lucretia] et quae per vim oblatum stuprum voluntaria morte lueret inventa est et qui interficeret filiam, ne stupraretur”; e Cíc. *De Rep.* 2,46.

³⁸ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 3.

³⁹ Lív., *Ab Urb.* 3,44-48.

⁴⁰ Gai. 1 *ad leg.*, D. 1,2,2,24: “Et cum placuisset leges quoque ferri, latum est ad populum, uti omnes magistratu se abdicarent, quo decemviri constituti anno uno cum magistratum prorogarent sibi et cum iniuriose tractarent neque vellent deinceps sufficere magistratibus, ut ipsi et factio sua perpetuo rem publicam occupatam retineret: nimia atque aspera dominatione eo rem perduxerant, ut exercitus a re publica secederet. initium fuisse secessionis dicitur verginius quidam, qui cum animadvertisset appium claudium contra ius, quod ipse ex vetere iure in duodecim tabulas transtulerat, vindicias filiae suae a se abdixisse et secundum eum, qui in servitutem ab eo suppositus petierat, dixisse captumque amore virginis omne fas ac nefas miscuisse: indignatus, quod vetustissima iuris observantia in persona filiae suae defecisset (utpote cum brutus, qui primus romae consul fuit, vindicias secundum libertatem dixisset in persona vindicis vitelliorum servi, qui prodicionis coniurationem indicio suo detexerat) et castitatem filiae vitae quoque eius praeferendam putaret, arrepto cultro de taberna lanionis filiam interfecit in hoc scilicet, ut morte virginis contumeliam stupri arceret, ac protinus recens a caede madenteque adhuc filiae cruore ad commilitones confugit. qui universi de algido, ubi tunc belli gerendi causa legiones erant, relictis ducibus pristinis signa in aventinum transtulerunt, omnisque plebs urbana mox eodem se contulit, populi que consensu partim in carcere necati. ita rursus res publica suum statum recepit”.

É importante destacar que esta passagem de Gaio está em consonância com os textos literários relativos ao tema, especialmente com o relato de Lívio sobre a agressão de Lucrecia.

Em suma, concluímos estes breves comentários com as seguintes observações:

a) as fontes literárias devem ser usadas subsidiariamente às fontes jurídicas romanas. Todavia, elas podem exercer um fundamental papel na análise de institutos jurídicos, principalmente quando houver escassez de material para as suas reconstruções. Além disso, tais fontes não-jurídicas podem representar a consciência social de determinado grupo, num específico momento histórico, e, desta forma, podem oferecer interessantes elementos para a reflexão de algumas questões jurídicas ou sócio-jurídicas;

b) inicialmente podemos afirmar, baseando-se, nestas fontes não-jurídicas, que o estupro era um fato muito comum na Antigüidade romana, sendo objeto recorrente na literatura e na história;

c) o estupro provavelmente gerava intensa repulsa individual, familiar e social. Buscava-se, assim, uma punição severa diante do transtorno provocado. Esta punição, quanto ao seu aspecto jurídico, permanece indefinida nesta fase do trabalho;

d) sendo um crime gravíssimo aos olhos da sociedade⁴¹, ele surge, na obra de Lívio, como um excelente exemplo para a demonstração da máxima honestidade que mulher deveria expressar;

e) a honestidade feminina era apresentada como um valor fundamental e um dever a ser cumprido até mesmo com sacrifícios. As mortes de Lucrecia e Virgínia são exemplos disso. Tal dever, entretanto, provavelmente não era dirigido a todo o gênero feminino, mas principalmente às mulheres com o *status* de *materfamilias*;

f) a morte da vítima, porém, surgia como um elemento de convencimento no âmbito da reforma dos costumes. Talvez, imaginamos, não representasse a realidade: seria

⁴¹ A aversão da sociedade brasileira em relação estupro pode ser observada no atual posicionamento do STF: “Embora não apreciada, especificamente, a situação do paciente, assenta-se, desde logo, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples Código Penal, arts. 213 e 214 como nas qualificadas (Código Penal, art. 223, caput e parágrafo único), são crimes hediondos””. Cf. HC 93674/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07/10/2008, Primeira Turma. Superou-se, desta forma, o entendimento anterior, de que estes crimes, em suas modalidades simples, não seriam hediondos. Cf. Alguns precedentes deste entendimento: STF, HC 78.305-MG, rel. Min. Néri da Silveira, j. 8-6-1999, DJU, 1.10. 1999; HC 80.223-RJ, rel. Min. Nelson Jobim, j. 15-8-2000, DJU, 13.10. 2000. STJ: Resp 172.524, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 21-9-1999; HC 12.999-SP, rel. Min. Vicente Leal, j. 7-11-2000; HC 9.937, rel. Min. Vicente Leal, j. 14-12-1999. Em julgamento recente, o STF decidiu, por maioria, que o crime de estupro é hediondo, ainda que dele não resulte lesão corporal grave ou morte. Cf. HC. 81.288 – SC, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, red. Min. Carlos Velloso, j. 17.12.2001, DJU, 28.6.2001. Em especial, vide TJRS – RvCr 70.002.052.959, Rel. Des. Tupinambá de Azevedo, j. 22.06.2001.

a mulher violentada realmente punida pela família e pelo direito? Esta questão apenas pode ser respondida após a análise do direito romano, o que faremos no capítulo seguinte.

2. Honestidade feminina

Após as concisas análises realizadas anteriormente, é possível compreender a importância, nos ambientes familiares e sociais romanos, da honestidade feminina, segundo as fontes não-jurídicas examinadas – o que também ocorria no direito, como veremos adiante. Além disso, vimos que a defesa da honestidade e o estupro apareceram como questões fundamentais nos episódios de Lucrecia e Virgínia.

Verifiquemos, pois, este aspecto.

Segundo A. ARJAVA⁴² as mulheres romanas eram divididas em duas classes, conforme suas vidas sexuais e morais. Em primeiro lugar, havia as mulheres castas, destinadas a dar à luz crianças legítimas. Elas tinham o honroso *status* de *materfamilias*⁴³. Manter conjunção carnal ou outros atos sexuais com virgens, viúvas ou divorciadas pertencentes à esta classe caracterizava o crime de *stuprum* consensual.

Por outro lado, existiam as mulheres voltadas apenas à satisfação sexual dos homens, sem qualquer interesse em prole legítima. A vida sexual destas mulheres não era uma questão moral para os legisladores romanos. Nesta categoria encontravam-se, v. g., as concubinas⁴⁴ dependentes e as amantes casuais, as quais normalmente eram escravas ou libertas⁴⁵.

⁴² *Women and Law in Late Antiquity*, New York, Oxford University, 1996, p. 217. A autora fundamenta as suas afirmações em uma série de fontes, das quais citamos as seguintes: Mod. 1 *reg.*, D.23,2,24; Ulp. 2 *ad leg. Jul.*, D.25,7,1,1; Pap. 1 *de adult.*, D.48,5,6,1; Mod. 9 *diff.*, D.50,16,101 pr.; C.9,9,22 (290) e C.6,57,5 (529).

⁴³ No Digesto encontramos a definição de *materfamilias*, compreendendo nesta categoria as esposas e as viúvas, ingênuas ou libertas, desde que tivessem um bom comportamento e uma boa reputação. Cf. Ulp. 59 *ad ed.*, D.50,16,46,1: “*Matrem familias accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit: matrem enim familias a ceteris feminis mores discernunt atque separant. Proinde nihil intererit, nupta sit an vidua, ingenua sit an libertina: nam neque nuptiae neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores*”. O termo *materfamilias* era utilizado inicialmente para designar a mulher casada por meio da *conventio in manum*. Na época de Ulpiano, quando já prevalecia o casamento *sine manu*, o seu significado passou a ser de matrona respeitável, casada ou não. A idéia de *materfamilias* estava implícita na lei de adultério de Augusto. O *stuprum* punido por esta lei consistia na prática de ato sexual com mulher não casada e de repetível *status*. É interessante mencionar que o *adulterium* e o *stuprum* eram punidos pelo tribunal familiar durante a República. Foi apenas com a mencionada lei Júlia que estes crimes passaram a ser públicos. Cf. J. E. GRUBBS, *Women and the law in the roman empire. A sourcebook on marriage, divorce and widowhood*, London/New York, Routledge, 2002, pp. 19 e 84. Vide ainda Pap. 2 *de adult.*, D.48,5,10 pr. e Ulp. 71 *ad ed.*, D.43,30,3,6.

⁴⁴ O concubinato era uma relação extraconjugal estável. Segundo J. C. MOREIRA ALVES, *Direito romano II – Instituições de direito romano – Parte especial: A) direito das obrigações. B) Direito de família. C) Direito das Sucessões*, 5ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, pp. 370-371, a doutrina dominante entende que, na República, o concubinato era apenas uma mera união de fato, embora quando se tratava de uma mulher ingênuas e de *status* elevado, possivelmente vinha aplicada a punição doméstica pelo *stuprum*. Apesar de não ser ilegal, este instituto não gerava todos os efeitos legais do matrimônio. Por outro lado, os filhos nascidos desta união não eram considerados legítimos e não herdavam automaticamente do pai. Normalmente as concubinas possuíam uma condição social inferior àquela de seu parceiro e eram libertas. Mas tais características não representavam uma regra, pois mulheres de *status* social mais elevado e ingênuas também

A. ARJAVA⁴⁶ observa, ademais, que a virgindade da mulher, no seu primeiro casamento, era algo muito importante no mundo mediterrâneo. Relações sexuais anteriores ao matrimônio foram severamente censuradas não apenas pela ofensa sexual, mas também porque prejudicavam o direito dos pais de encontrar um parceiro adequado para suas filhas.

Logo, devemos concluir que o principal objetivo do controle sexual feminino pela família e pelo Estado era, na Roma Antiga, a garantia de uma prole legítima, visto que tal fiscalização não era dirigida a todo o gênero feminino.

Em uma *Controversia* de Sêneca⁴⁷, o retor *Porcius Latro* enumera determinadas regras que deviam ser seguidas pelas mulheres *honestae*, casadas ou não, com o fito de não arriscar a própria pureza por conta uma paixão: vestir-se discretamente; sair acompanhada por pessoas de tal idade que impusesse respeito a um desavergonhado; olhar para o chão; comportar-se de forma descortês com aquele que insistisse em fazer cumprimentos; durante um cumprimento inevitável, demonstrar-se confusa e envergonhada. O objetivo era negar a desonestidade antes mesmo com o olhar do que com as palavras⁴⁸.

Segundo o entendimento de F. LUCREZI⁴⁹, a mulher romana tinha o dever ser honesta, proba, morigerada, filha obediente, esposa fiel, mãe atenciosa, que fazia prevalecer a sua virtude acima de qualquer outro objetivo. Este estereótipo feminino, segundo este romanista, permaneceu por um longo tempo na cultura romana⁵⁰.

Seguindo o exemplo de Lucrécia, podemos concluir que uma *materfamilias* ideal era aquela esposa discreta na fala e nos seus comportamentos, dedicada totalmente ao marido, aos filhos e ao seu lar. Ela seria, fundamentalmente, uma mulher capaz de sacrificar a própria vida para manter a sua honra e a honra da sua família.

Neste sentido, G. RIZZELLI⁵¹ afirma que Lucrécia foi considerada o exemplo de honestidade feminina. Esta, assim como Penélope, a esposa de Ulisses, representaram o

podiam ser concubinas. Cf. J. E. GRUBBS, *Women and the law* cit. (nota 43 supra), p. 151. A legislação matrimonial de Augusto determinou que as relações extraconjugais com mulheres ingênuas e honestas (*ingenua et honesta*) configurassem o *adulterium* ou o *stuprum*. Cf. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 4ª ed., Torino, UTET, 2003, pp. 244-245.

⁴⁵ A. ARJAVA, *Women and law in late antiquity*, Oxford, Claredon Press, 1996, p. 218.

⁴⁶ *Women and Law in Late* cit., p. 220.

⁴⁷ Sên., *Contr.* 2.7.3-4.

⁴⁸ G. RIZZELLI, *In has servandae* cit. (nota 2 supra), p. 117.

⁴⁹ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), pp. 3-4.

⁵⁰ Um exemplo do ideal feminino é encontrado no “elogio de Cláudia”. Esta mulher era afeita aos trabalhos domésticos, esposa amorosa e atenta aos filhos. Sua fala e seus gestos eram delicados. Cf. *CIL* I 1211 = *ILLRP*, 973: “*Hospes quod deico paullum est, asta ac pellege/ Heic est sepulcrum hau pulcrum pulcrai feminae/ Nomen parentes nominarunt Claudiam/ Suom mareitum corde deilexit sovo/ Gnatos duos creavit: horunc alterum/ In terra linquit, alium sub terra locat/ Sermone lepido, tum autem incessu commodo/ Domum servavit, lanam fecit. Dixi. Abei*”.

⁵¹ *Le donne nell’esperienza* cit. (nota 2 supra), p. 70.

ideal da mulher fiel e totalmente dedicada ao marido. A sua figura foi caracterizada pelo heroísmo, virtude nitidamente masculina, e isso ficou demonstrado no modo em que ela soube enfrentar a tragédia. Ocorre, todavia, que o seu comportamento, diante da fatalidade sofrida, foi objeto de drásticas críticas com o passar dos tempos. O seu consentimento seria questionado, como veremos adiante.

A honestidade feminina era um fator decisivo para o sucesso do matrimônio, primeira e insubstituível célula de todo o tecido social⁵², para a estabilidade da família, para a educação da prole, com a conseqüente formação de novas gerações de cidadãos⁵³.

Este ideal de honestidade exigido da mulher vinha, porém, acompanhado por algumas séries restrições.

A condição feminina no mundo antigo, afirma F. LUCREZI⁵⁴, foi caracterizada por uma série de limitações nos planos familiar, jurídico e político, freqüentemente justificadas por uma pressuposta inferioridade biológica ou psicológica do sexo feminino.

Dentre estas limitações, o mencionado autor faz referência às seguintes: submissão da mulher, pelo casamento *cum manu*, a um poder pessoal do marido, análogo àquele do *pater familias*; a incapacidade para exercer funções públicas e para realizar alguns atos de autonomia – v.g., o testamento – sem a participação de um tutor; a limitada capacidade para herdar; a impossibilidade de concluir negócios de garantia em favor de terceiro⁵⁵.

M. TALAMANCA⁵⁶, declara que, salvo no tocante às obrigações tributárias, a mulher possuía total incapacidade para o direito público, em conformidade com a ideologia dominante nas cidades-estados. Desta forma, no período republicano ela não podia ser processada nas formas do *iudicium populi* perante o comício centuriato, fazendo-se necessária a intervenção do *paterfamilias* quando se tratasse da aplicação de uma pena grave.

Com a evolução da sociedade romana, afirma F. LUCREZI⁵⁷, pelo menos desde os primeiros séculos da República, foram reconhecidos vários direitos à mulher – cidadania, geral capacidade patrimonial e negocial, dentre outros –, de forma que esta (*filia, sponsa*,

⁵² Cf. Cíc., *De Off.* 1,17,54: “*principium urbis et quasi seminarium rei publicae*”.

⁵³ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), pp. 3-4.

⁵⁴ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 4. Existem várias expressões latinas que fazem referência à inferioridade feminina. Este autor (p. 4) cita, apenas como exemplificação, as seguintes: *mulierum infirmitas, infirmitas muliebris animi, levitas animi, infirmitas consilii, imbecillitas sexus, forensium rerum ignorantia*.

⁵⁵ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 4.

⁵⁶ *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 168.

⁵⁷ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), pp. 4-5.

uxor, mater ou *vidua*) ocupou uma posição privilegiada quando comparada a muitas outras mulheres da antiga civilização mediterrânea.

No final da República e durante o Principado, à mulher foi atribuída a plena capacidade processual nos *iudicia publica*, seja nas *quaestiones perpetuae*, seja na *cognitio* criminal. No sistema da *cognitio*, ademais, ela podia, em alguns casos, dar início ao processo⁵⁸.

Considerando a melhoria da condição jurídica feminina, bem como a valorização da sua *virtus* e da sua *pudicitia*, e o “liame genético” entre a aversão pelo estupro e o nascimento da República, F. LUCREZI⁵⁹ questiona se o direito romano, tão meticoloso e articulado nas definições e tutelas de vários direitos, teria definido uma específica e intransigente repressão para o crime de violência sexual, baseada nos fundamentais direitos à liberdade pessoal e à inviolabilidade sexual.

A sua resposta é negativa. Um empenho neste sentido, segundo este autor, não foi observado. Não se encontra, nas fontes romanas, a idéia de uma repressão contra aquele que pratica violência sexual, no tocante ao ressarcimento da vítima. Pelo contrário, sustenta o romanista italiano, a mulher violentada muito freqüentemente aparece nestas fontes como suspeita e, até mesmo, vem castigada. Ela é vista como suspeita por ter instigado, solicitado o estupro. E, de qualquer forma, a sua pureza vem inevitável e objetivamente corrompida⁶⁰.

O caso de Lucrécia, na opinião de F. LUCREZI⁶¹, confirma este fato. Esta personagem tornou-se uma heroína, pois, mesmo declarando a sua inocência, julgou ser merecedora do castigo, o suicídio⁶². E ninguém impediu ou condenou o seu sacrifício⁶³. Segundo Bruto, o sangue de Lucrécia era castíssimo até o ultraje de Sexto Tarquínio, pois, desde momento em diante, a sua pureza ficou irremediavelmente contaminada⁶⁴.

⁵⁸ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit. (nota 56 supra), p. 168.

⁵⁹ *La violenza sessuale* cit. (nota supra), pp. 5-6: “Ci si sarebbe aspettato, quindi, che l’esperienza giuridica romana, così meticolosa e articolata nella definizione e tutela dei vari diritti, singolarmente individuati, considerati e protetti, dedicasse un impegno adeguato alla difesa di quel diritto basilare che è la personale libertà e inviolabilità sessuale, e definisse pertanto una specifica, puntuale e intransigente repressione del ‘nefas, ab libidine ortum’, del crimine di violenza carnale. É un dato di fatto, però, che tale impegno no ci fu. É alquanto assente, nelle fonti, l’idea di un’esigenza repressiva da far valere nei confronti del responsabile di tale delitto, a risarcimento della vittima della violenza”.

⁶⁰ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 6.

⁶¹ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 6.

⁶² Lív., *Ab Urb.* 1,58,10.

⁶³ Lív., *Ab Urb.* 1,58,12.

⁶⁴ Lív., *Ab Urb.* 1,59,1: “Per hunc castissimum ante regiam iniuriam sanguinem iuro”.

Discordamos da opinião de F. LUCREZI, pois este crime, no direito romano, era severamente punido, como veremos adiante, podendo chegar, inclusive, à aplicação da pena de morte ao agressor.

O que ocorre é a escassez de fontes jurídicas sobre o tema e a ausência de elementos para a construção de uma disciplina sistemática deste crime, verificada tanto na legislação romana, como nas obras dos jurisconsultos.

Diante desta circunstância, os estudiosos, hoje, deparam-se com a insuficiente regulamentação, pelos romanos, de um *crimen* que a realidade social devia presenciar constantemente no seu cotidiano, assim como observamos na sociedade atual.

E é nesse meio que surgem os questionamentos dos pesquisadores que se defrontam com o tema: como e por que um ilícito tão negativo, como o *stuprum violentum*, não recebia a devida repressão no direito romano?

Na realidade, o *stuprum per vim* foi mencionado muito brevemente nas fontes e, mais especificamente, nas decisões sobre a lei aplicada ao *crimen*. O que não significa, como afirmou F. LUCREZI, que o direito penal romano não teria definido uma intransigente repressão do estupro com defesa também da liberdade individual da mulher.

Neste sentido, encontramos na Retórica a Herênio⁶⁵, a observação de que os antepassados aplicavam as penas mais severas àqueles que violentavam matronas. Isso poderia significar que não apenas havia uma repressão, mas que esta era capaz de dar uma resposta efetiva e rigorosa ao agressor. A reconstrução desta repressão, porém, é outra questão a ser resolvida.

Em todo caso, como afirma J. F. GARDNER⁶⁶, esta passagem da *Rhetoria ad Herenium* não aborda a questão sob o prisma da técnica jurídica, ou seja, não seria uma comprovação de que, já no início do período republicano, haveria um procedimento penal, bem como penas específicas para cada um dos crimes acima elencados. Todavia, representaria a preocupação do escritor antigo com os sentimentos e as reações romanas.

Nas fontes analisadas não encontramos, de fato, uma referência ao ressarcimento da vítima, mas nem mesmo haveria sentido este ressarcimento diante da violência sexual. O resultado mais coerente seria a punição do estuprador como forma de repressão e retribuição pelo mal causado.

⁶⁵ *Rhet. ad Her.*4,12: “*In iis, qui uiolassent ingenuum, matremfamilias constuprassent, uulnerassent aliquem aut postremo necassent, maxima supplicia maiores consumpserunt*”. Esta passagem é citada por alguns estudiosos no tocante à repressão do estupro: T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, trad. franc. de J. Duquesne, *Le Droit Pénal Romain*, t. II, Paris, Albert Fontemoing, 1907, p. 385, nt. 9, e J. F. GARDNER, *Women in Roman Law* cit. (nota 47 supra), p. 119.

⁶⁶ *Women in roman law* cit. (nota 47 supra), pp. 119.120.

É verdade que a violência sexual atingia não apenas a mulher agredida, mas a todos os seus familiares, principalmente quando pensamos no valor que a honestidade feminina possuía na sociedade romana. Mas em primeiro lugar, a repressão severa ocorria porque se violava a esfera individual da vítima, independentemente de tratar de homem ou mulher, pois, na Roma Antiga, os sujeitos passivos do *stuprum* violento podiam ser tanto as mulheres como os homens⁶⁷.

Ora, desta forma não se poderia afirmar que a repressão do *stuprum violentum* não visava à proteção da mulher, pois a mesma proteção que era dirigida ao *puer* também existia para a *femina*. A proteção era dirigida aos cidadãos romanos.

J. HARRIES⁶⁸ destaca uma interessante passagem de Aulo Gélcio, escritor do período clássico, na sua obra *Noites Áticas* 4,14⁶⁹, na qual encontramos a proteção de uma prostituta agredida. É o caso de *Hostilius Mancinus* e da cortesã *Manilia*. Esta o apedrejou após uma tentativa de estupro violento. Embora ele a tenha processado pelo fato da lesão corporal, houve uma recusa dos tribunais em ouvi-lo.

Nesta situação, *Manilia*, mesmo sendo cortesã, recebeu proteção na medida em que, provavelmente, foi reconhecida a sua legítima defesa.

Logo, seria possível afirmar que o estupro violento era proibido contra homens – como veremos adiante – e mulheres, independentemente da categoria em que ele eram inseridos no que tange às suas vidas sexuais e morais. E aqui surge uma relevante consequência: não é apenas a honra que se protege, mas também o corpo, a integridade individual profanada por uma agressão sexual.

O discurso de F. LUCREZI limita-se ao estupro *per vim* contra uma mulher pertencente ao *status* de *materfamilias*, ressaltando a violação da honra. Mas entendemos que neste caso há a violação da pudicícia, como um bem jurídico tutelado, mas também fere-se um outro bem jurídico: a integridade física e psicológica. Daí um *stuprum*

⁶⁷ Cf. P.S. 2,26,12 (=Coll. 5,2,1): “*Qui masculum liberum invitum stupraverit, capite punietur*” e Marcian. 14 inst., D.48,6,3,4: *Praeterea punitur huius legis poena, qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit*”.

⁶⁸ *Law and crime* cit. (nota 34 supra), p. 89.

⁶⁹ Gél., Att.: “*Narratur historia de Hostilio Mancino aedilium et Manilia meretrice; verbaque decreti tribunorum, ad quos a Manilia provocatum est. 1 Cum librum IX Atei Capitonis coniectaneorum legeremus, qui inscriptus est de iudiciis publicis, decretum tribunorum visum est gravitatis antiquae plenum. 2 Propterea id meminimus, idque ob hanc causam et in hanc sententiam scriptum est: Aulus Hostilius Mancinus aedilis curulis fuit. 3 Is Maniliae meretrici diem ad populum dixit, quod e tabulato eius noctu lapide ictus esset, vulnusque ex eo lapide ostendebat. 4 Manilia ad tribunos plebi provocavit. 5 Apud eos dixit comessatorem Mancinum ad aedes suas venisse; eum sibi recipere non fuisse e re sua, sed cum vi inrumperet, lapidibus depulsum. 6 Tribuni decreverunt aedilem ex eo loco iure deiectum, quo eum venire cum corollario non decuisset; propterea, ne cum populo aedilis ageret, intercesserunt*”.

violentum contra esta categoria de mulheres provavelmente ter sido mais grave. Mas isto não exclui a proteção da liberdade individual da vítima.

Por outro lado, interessa lembrar que o comportamento do homem também deveria respeitar certos padrões éticos e morais, mesmo tratando-se de uma sociedade paternalista.

É curioso, por exemplo, observar que durante o processo de adultério, eram analisados os comportamentos morais de ambos os cônjuges, de forma que poderia ser repartida a responsabilidade pelo ilícito da mulher. Como ressaltou Ulpiano, parecia injusto que o marido exigisse honestidade de sua mulher se ele mesmo não era capaz de manter uma conduta moral adequada em relação ao seu ambiente familiar⁷⁰.

Logo, a honestidade (sexual) estava ligada fortemente à instituição do matrimônio, da constituição familiar.

A proteção da mulher violentada também está presente numa Constituição de Diocleciano⁷¹, do ano 290, quando se afirma que a lei dos adultérios não punia as mulheres violentadas, sendo que estas deveriam permanecer com a reputação imaculada, não havendo qualquer impedimento para a realização de um novo matrimônio.

Ou seja, a mulher romana, comprovada a sua violação, permanecia com a sua integridade moral plena.

Não observamos fontes suficientemente confiáveis, capazes de demonstrar que, na Roma Antiga, ocorrendo o *stuprum violentum*, a vítima surgia como suspeita necessariamente, vindo inclusive a ser castigada. Esta leitura, acreditamos, poderia ter se desenvolvido posteriormente, com algumas interpretações sobre a obra de Santo Agostinho⁷², especificamente quando este autor propôs uma comparação entre os modelos de honestidade feminina pagã e cristã, partido do modelo de Lucrécia.

Aliás, estas idéias de F. LUCREZI são aplicáveis quando pensamos no crime de rapto, o qual também poderia se consumir com a violência, na sociedade romana⁷³.

⁷⁰ Ulp. 11 *de adult.*, D. 48,5,14(13),5: “*Iudex adulterii ante oculos habere debet in inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit: periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat: quae res potest et virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis inter utrosque communicare*”.

⁷¹ Cf. C.9,9,20: “*Foedissimam earum nequitiam, quae pudorem suum alienis libidinibus prosternunt, non etiam earum, quae per vim stupro comprehensae sunt, inreprehensam voluntatem leges ulciscuntur, quando etiam inviolatae existimationis esse nec nuptiis earum aliis interdici merito placuit*”.

⁷² Ago., *Civ. Dei* 1,19,2.

⁷³ Cf. C.Th.9,24,1: “*Si quis nihil cum parentibus puellae ante depectus invitam eam rapuerit vel volentem abduxerit, patrociniū ex eius responsione sperans, quam propter vitium levitatis et sexus mobilitatem atque consilii a postulationibus et testimoniis omnibusque rebus iudiciariis antiqui penitus arcuerunt, nihil ei secundum ius vetus prosit puellae responsio, sed ipsa puella potius societate criminis obligetur. 1. Et quoniam parentum saepe custodiae nutricum fabulis et pravis suasionibus deluduntur, his primum, quarum detestabile ministerium fuisse arguitur redemptique discursus, poena immineat, ut eis meatus oris et faucium,*

Todavia, entendemos que este *crimen* obedecia a outra dinâmica quanto à sua consumação e ao seu modo de execução, pressupondo uma total vigilância da mulher e de seus responsáveis para se evitar o rapto.

Não pretendemos, pois, aplicar idéias pertinentes ao rapto à análise do estupro, embora muitos estudiosos sigam esta vertente na análise destes crimes⁷⁴.

A maior parte das fontes não-jurídicas, por outro lado, embora relatem diversos casos de estupro violento, não oferecem informações jurídicas suficientes para saber se realmente houve uma repressão por meio de uma *fattispecie* criminal autônoma. Não é possível reconstruir plenamente a estrutura e o desenvolvimento processual desta figura através destes meios.

O que as fontes não-jurídicas oferecem com maior precisão são os princípios morais sexuais de um grupo da sociedade durante determinado período cultural, construído com base na honestidade feminina, necessária característica para outorgar, à mulher romana, e à sua família, a dignidade.

No que tange à honestidade feminina, entendemos verdadeira a proposta de F. LUCREZI, segundo a qual o estereótipo da mulher honesta romana permaneceu por um longo tempo na cultura romana. Aliás, este estereótipo esteve presente por muito tempo até mesmo na cultura e no direito penal brasileiro.

Evidente que as fontes possuem um caráter moralizante e de repressão do comportamento sexual feminino para a preservação da “honestidade” da mulher. Esta não possuía o direito à autodeterminação sexual, à livre disposição do seu corpo e ao livre

qui nefaria hortamenta protulerit, liquentis plumbi ingestione claudatur. 2. Et si voluntatis assensio detegitur in virgine, eadem, qua raptor, severitate plectatur, quum neque his impunitas praestanda sit, quae rapiuntur invitae, quum et domi se usque ad coniunctionis diem servare potuerint et, si fores raptoris frangerentur audacia, vicinorum opem clamoribus quaerere seque omnibus tueri conatibus. sed his poenam leviores imponimus solamque eis parentum negari successionem praecipimus. 3. Raptor autem indubitate convictus si appellare voluerit, minime audiat. 4. Si quis vero servus raptus facinus dissimulatione praeteritum aut pactione transmissum detulerit in publicum, latinitate donetur, aut, si latinus sit, civis fiat romanus: parentibus, quorum maxime vindicta intererat, si patientiam praebuerint ac dolorem compresserint, deportatione plectendis. 5. Participes etiam et ministros raptoris citra discretionem sexus eadem poena praecipimus subiugari, et si quis inter haec ministeria servilis condicionis fuerit deprehensus, citra sexus discretionem eum concremari iubemus.”

⁷⁴ Cabe destacar que J. F. GARDNER, *Women in roman law* cit. (nota 47 supra), pp. 117-136, no subtítulo “rape” de sua obra, trata indistintamente seja do estupro violento (*rape*) como do rapto (*abduction*). Segundo S. H. GIFFS, *Law dictionary*, New York, Barron’s, 1996, pp. 1 e 412, a definição contemporânea destes delitos são: “*abduction broadly, the criminal or tortious act of “taking and carrying away by force. This taking may be by means or fraud, persuasion, or open violence. (...)”* e “*rape common law meaning for unlawful intercourse with a female person without consent*”. O mesmo ocorre com a obra de O. ROBINSON, *The criminal law of Ancient Rome*, Baltimore, The Johns Hopkins, 1995, pp. 71-73, ou seja, ela não diferencia o tratamento legal dos crimes em tela.

exercício de sua sexualidade como compreendemos hoje, pois ela exercia o seu papel de *materfamilias*, com toda responsabilidade que este *status* implicava.

Porém, desta circunstância não nos parece correta a afirmação de que ela seria castigada caso sofresse a violência sexual.

Podemos imaginar que, em razão do dever de zelar pela sua castidade e pela sua fidelidade conjugal, a culpa desta mulher realmente viria a ser questionada. Ela poderia, inclusive, tornar-se suspeita, mas havendo provas inequívocas, certamente a mulher seria isenta de qualquer punição legal. Nos casos de Lucrecia e Virgínia, verificaram-se as severas conseqüências para o agressor pelo crime praticado e, estas mulheres, aparecem como vítimas e não como suspeitas.

Enfim, cabe observar que a honestidade feminina era um valor fundamental na sociedade romana, sendo uma exigência para aquelas mulheres destinadas ao *status* de *materfamilias*: virgem, mãe e viúva.

Estas mulheres eram protegidas pela família e, possivelmente, pelo Estado.

A agressão sexual contra elas representava uma grave ofensa à ordem social e era punida com severas penas.

Uma vez comprovada a violação, a mulher permanecia com a sua honra e o culpado vinha punido⁷⁵.

Neste momento, porém, é curioso verificar que o estereótipo da “mulher honesta” também é encontrado no direito penal brasileiro durante a sua evolução.

Assim, as Ordenações Afonsinas disciplinavam o tema no Livro V, Título VI: “*Da molher forçada, e como fe deve a provar a força*”. Neste Título havia disposições sobre a prova do estupro, a acusação, a pena, a participação e o consentimento da vítima.

A pena aplicada ao condenado, independentemente do seu estado ou condição, que violentasse mulher casada, religiosa, virgem ou viúva que vivia honestamente, era a morte. E nenhum privilégio podia ser alegado para evitar a aplicação da pena, nem mesmo o casamento ou o consentimento da vítima⁷⁶. Esta penalidade também era aplicada a qualquer pessoa que auxiliasse ou aconselhasse a prática criminosa⁷⁷.

O estupro insere-se, nas Ordenações Manuelinas, no Livro V, Título XIV: “*Do que dorme por força com qualquer molher, ou traia della, ou a leua por su vontade*”. Aqui, a

⁷⁵ Cf. C.9,9,20.

⁷⁶ Ord. Afons. V, VI, 4 e 7.

⁷⁷ Ord. Afons. V, VI, 4

honestidade deixa de ficar explícita na lei, mas é excluída a proteção de determinadas categorias: escravas e prostitutas.

Qualquer homem, independentemente de seu estado ou condição, que dormisse, por força, com uma mulher, salvo nos casos de escrava ou prostituta, ficava sujeito à pena de morte⁷⁸. A mesma pena era aplicada ao terceiro que houvesse ofertado ajuda, favor ou conselho deste. Ademais, a pena não era excluída mesmo se ocorresse o casamento entre o agressor e a vítima ou o consentimento posterior desta em relação à prática sexual⁷⁹.

As Ordenações Filipinas, no seu Livro V, Título XVIII, ao tratarem do estupro, repetem os mesmos preceitos das Ordenações Manuelinas. Logo, não houve qualquer mudança na disciplina do crime.

O tipo penal do estupro propriamente dito constava no art. 222 do Código Criminal de 1839: “Ter copula carnal, por meio de violencia ou ameaça com qualquer mulher honesta. Penas – de prisão, por tres anos a doze annos e de dotar a offendida”.

Nesta legislação ainda havia a previsão da redução da pena de prisão quando a vítima fosse prostituta.

É interessante observar que o Código Criminal do Império catalogou, perante o título de estupro, uma série de delitos, tais como o defloramento (arts. 219 a 221), a sedução de mulher honesta, menor de dezessete anos (art. 224) e a cópula obtida por violência ou grave ameaça (art. 222). Provavelmente, este fato decorre da herança romana que assinalava o estupro como toda espécie de conjunção sexual ilícita, inclusive, o adultério e a pederastia. Aliás, esta situação manteve-se por muito tempo devido às distinções do direito medieval e canônico, em relação à *fornicatio simplex* e ao *stuprum violentum*⁸⁰.

Foi justamente o Código Penal de 1890 que veio diferenciar o crime de estupro das outras espécies delitivas, definindo-o, no seu art. 269, como “o ato pelo qual o homem abusa, com violência, de uma mulher, seja virgem ou não”. O tipo penal, entretanto estava no art. 268: “Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta⁸¹”.

⁷⁸ Ord. Manuel. V, XIV pr.

⁷⁹ Ord. Manuel. V, XIV, 1.

⁸⁰ Nos tempos medievais, os práticos adotavam a acepção romana do *stuprum*. Contudo, o mesmo autor salienta que, neste mesmo período, havia uma diferenciação entre *stuprum violentum* – conjunção carnal *per vim* – e a *fornicatio simplex* – o estupro realizado *cum meretrice*. Cf. R. C. LACERDA – N. HUNGRIA, *Comentários ao código penal*, 3ª ed., vol. VIII, Rio de Janeiro, Forense, 1956, p. 115.

⁸¹ Destacamos o conceito de mulher honesta elaborado pela doutrina da época, especificamente por G. SIQUEIRA, *Direito penal brasileiro*, v.2, Rio de Janeiro, Livraria Jacyntho, 1932, pp. 457-458: “No sentido moral e do direito civil, diz-se mulher honesta a recatada e de bom proceder, e em contraposição, diz-se prostituta, a que concede publicamente o corpo ao livre e promíscuo acesso. Entre esses extremos está a que, na mancebia ou no consorcio, se desvia de seus deveres legais e de afeição, concedendo a outrem o seu

A pena foi abrandada: prisão celular de um a seis anos e dote. Se a vítima fosse mulher pública ou prostituta, a pena seria a prisão celular por seis meses a dois anos.

Segundo o art. 213 do atual Código Penal brasileiro, o estupro é a prática da conjunção carnal com mulher, mediante violência ou grave ameaça.

Não há referência, na definição do estupro, quanto à honestidade feminina, mas em outros crimes previstos por esta legislação havia a expressão “mulher honesta”.

A proteção legal restrita à mulher honesta, dirigida a alguns tipos penais, como a posse sexual mediante fraude (art. 215, CP), o atentado ao pudor mediante fraude (art. 216, CP) e o rapto violento ou mediante fraude (art. 219, CP), somente foi eliminada em 2005 no Brasil, com o advento da Lei n. 11.106, que retirou, já muito tarde, a expressão “mulher honesta” dos tipos penais e aboliu os crimes de rapto e sedução.

O presente crime está inserido na Parte Especial do vigente Código Penal brasileiro, no seu Título VI, denominado “Dos Crimes contra os Costumes”, especificamente no Capítulo I, “Dos crimes contra a liberdade sexual”.

Aqui destacamos um interessante paralelo com o direito romano. Vários editos dos pretores, durante a República, elecavam uma série de comportamentos inadequados socialmente, todos caracterizados como *iniuria*. Entre eles havia o edito *de adtemptata pudicitia*, dirigido, por exemplo, àqueles que cortejavam e seguiam mulheres “honestas”, atentando contra o seu pudor⁸².

Vemos, com Ulpiano⁸³, que atentar contra a honestidade era uma ofensa aos bons costumes (*bonos mores attentare*). Paulo⁸⁴, por sua vez, explicou que atentar contra o pudor era tornar impudica uma pessoa pudica.

Neste sentido, é curioso observar que esta expressão “crimes contra os costumes” permanece até hoje no nosso Código Penal.

Existem algumas propostas de alteração da lei penal referindo-se justamente ao Título VI “Dos crimes contra os costumes”, com o objetivo de suprimir esse *nomen juris* por outro que expresse efetivamente o bem jurídico protegido, ou seja, a autodeterminação

corpo. O código só cogita da mulher honesta, como elemento constitutivo de uma das modalidades do crime, no corpo do art. 268, e da prostituta, no § 1º, para minorar a pena. Nestas condições, como a terceira categoria apontada não pôde ser excluída da proteção penal nem pôde ser assimilada à prostituição, que tem sentido firmado, e inampliável, por ser de caráter odioso, deve ser assimilada à primeira categoria, a das mulheres honestas, o que importa extensão de conceito respectivo, pela necessidade de acomodar os factos á lei penal”.

⁸² J. F. GARDNER, *Women in Roman Law* cit. (nota 47 supra), p. 117.

⁸³ Ulp. 77 *ad ed.*, D.47,10,15,20: “*Appellare est blanda oratione alterius pudicitiam adtemptare: hoc enim non est convicium, sed adversus bonos mores adtemptare*”.

⁸⁴ Paul. 55 *ad ed.*, D.47,10,10: “*Adtemptari pudicitia dicitur, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat*” .

sexual e não os costumes. Uma possibilidade seria é o título “Dos crimes contra a dignidade sexual”⁸⁵.

Neste ponto é possível observar um resquício do direito penal romano na nossa atual legislação penal. Hoje, embora seja crescente a consciência de que a moral sexual é um assunto particular e de livre arbítrio de todo cidadão, ainda temos nas nossas leis a indicação da atuação de um Estado paternalista, condutor e ditador dos bons costumes e que relega, a segundo plano, a liberdade individual.

Observamos, após estas análises, que o padrão de moralidade fundamentado na honestidade (sexual) feminina, encontrado em algumas fontes não-jurídicas romanas e coerente com o ambiente social daquele momento histórico, permaneceu no direito brasileiro por muito tempo, sendo reproduzido de forma acrítica até o nosso Código Penal vigente.

Destacamos, assim como S. CORRÊA FATTORI⁸⁶, que a tipificação dos crimes acima pertence mais ao âmbito da moralidade do que ao da culpabilidade, não podendo a lei amparar tal situação. Neste sentido, afirma a autora, a reforma de 2005 valorizou a dignidade da mulher e do ser humano.

R. M. JORGE SILVEIRA⁸⁷, em sua recente obra sobre as bases críticas para a reforma do direito penal sexual, considera que, apesar dos avanços da ciência penal brasileira, ainda existem sérios problemas a serem enfrentados no tocante aos crimes sexuais, área de estudo em que o subjetivismo possui grande destaque.

Este autor afirma que o Brasil ainda possui uma tipologia com lastro moralista bastante forte, mesmo com a sua mitigação, após o advento da Lei n. 11.106/05, pois, com a regulamentação anterior dos tipos penais, marcada pela existência de lacunas, tipos abertos e outras antinomias, foi criado um elevado grau de discricionariedade judicial. Além disso, mesmo com a alteração legislativa, permanece a idéia de proteção aos costumes e tipos abertos, como o atentado violento ao pudor⁸⁸.

⁸⁵ Oferecendo esta proposta, por exemplo, os já debatidos PL n. 4.850-C de 2005 do Senado Federal e PL n. 117-C, de 2003. Este último projeto originou a Lei n. 11.106/05, mas, infelizmente, várias de suas propostas originais não foram acolhidas, como ocorreu com a pretendida alteração do *nomen juris* “Dos crimes contra os costumes”.

⁸⁶ *Reflexões sobre a disciplina dos crimes sexuais no direito brasileiro*, in ‘*Fides Humanitas Ius. Studii in onore a Luigi Labruna*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, p. 1166. Quanto à relação entre o direito penal e a mora, importa mencionar a afirmação de C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, in *Digesto (Discipline Penalistiche)* 4 (2000), p. 67: “*É oggi generalmente riconosciuto che nello Stato secolarizzato, proteso a obiettivi terrestri, l’immoralità del comportamento non è ragione sufficiente di una reazione punitiva*”.

⁸⁷ *Crimes sexuais. Bases críticas para a reforma do direito penal sexual*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp. 37-38.

⁸⁸ R. M. JORGE SILVEIRA, *Crimes sexuais* cit. (nota 87 supra), pp. 38-39.

A reforma do direito penal sexual é necessária e a simples retirada de expressões, como “mulher honesta”, não é suficiente. Também há a necessidade de se analisar os efeitos deletérios dos gestores atípicos da moral. Ademais, como afirma o penalista: “o estudo comparado, histórico e dogmático poderá, espera-se, referendar a universalidade das eventuais posteriores reformas”⁸⁹.

Após estas breves análises, mencionamos algumas conclusões preliminares:

a) a honestidade feminina, como um valor fundamental para a sociedade romana, era um dever a ser cumprido, inclusive mediante sacrifícios, por aquelas mulheres destinadas à constituição de uma família e à geração de filhos legítimos. A castidade, fora da relação conjugal, era um dever absoluto, tanto que a violação da mesma configurava os crimes de *stuprum* não violento e *adulterium*, severamente punidos pelo Estado, principalmente após o advento da *lex Iulia de adulteriis*, obra do imperador Augusto;

b) em relação às demais mulheres, não havia um dever de castidade imposto pelo Estado. A prática de atos sexuais não violentos com tais mulheres não configura os crimes acima mencionados;

c) do exposto, podemos concluir que o principal objetivo do controle sexual exercido contra a *materfamilias* pela família e pelo Estado, era, na Roma Antiga, a garantia de uma prole legítima, visto que tal fiscalização não era dirigida a todo o gênero feminino;

d) existem poucas fontes jurídicas relativas ao *stuprum per vim*, o que gerou, para a doutrina, sérias dúvidas sobre a repressão deste crime. Além disso, as fontes não jurídicas não oferecem elementos suficientes para a reconstrução deste *crimen*;

e) certamente o *stuprum violentum* era severamente punido e, no nosso entendimento, não visava à proteção exclusiva da honestidade feminina, como ocorria com o *stuprum* e o *adulterium*, mas sim a proteção da integridade física e sexual de qualquer pessoa livre;

f) o estereótipo da mulher honesta, intimamente ligado à noção de *materfamilias*, permaneceu por um longo período na cultura romana. Da mesma forma, o direito penal brasileiro, por muito tempo, conferiu maior proteção à “mulher honesta”, o que foi tardiamente eliminado de nossa legislação apenas em 2005, com a Lei n. 11.106. Todavia,

⁸⁹ R. M. JORGE SILVEIRA, *Crimes sexuais* cit. (nota 87 supra), pp. 38-39. Este autor explica (p. 59, nt. 123) que os gestores atípicos da moral (*atypische Moralunternehmer*) são condutores da moral coletiva, principalmente de origem burguesa conservadora, com grande expressão na sociedade e guiados por determinados grupos que buscam a criminalização dos interesses pelo quais ele combatem. Estes gestores atuam, por exemplo, nos interesses difusos e na questão sexual. Além disso, destaca o penalista: “após as iniciais reformas dos anos 60, ganham terreno de preocupação, nos anos 70 e 80, os crimes econômicos e ambientais, ambos sob forte influência dos gestores atípicos da moral. Após sua consagração, voltam tais gestores a intentar uma segunda onda reformista – uma contra-reforma penal sexual – nos anos 90”.

permanece ainda, no Código Penal, a noção de que o estupro é um “crime contra os costumes”, o que denota se tratar de uma legislação de lastro moralista acentuado;

g) é interessante notar que o *adulterium* e o *stuprum* não violento possuíam uma forte conotação moralista, mas o *stuprum per vim*, segundo a nossa opinião, era um crime principalmente ligado à proteção da integridade física e sexual.

3. Conduta da vítima

Como observam A. SCARANCE FERNANDES e O. H. DUEK MARQUES⁹⁰, a resistência da vítima contra a violência sexual é “um dos pontos mais discutidos entre os doutrinadores e os estudiosos do assunto”.

Embora, como alertam tais autores, o subjetivismo do julgador tenha sido exaltado na jurisprudência, é certo que não se pode exigir da vítima a atitude de mártir: ela não deve arriscar sua própria vida em nome da honra. Neste caso, faz-se necessária a verificação da superioridade das forças do agente no caso concreto. Por outro lado, tratando-se de ameaça, esta deve ser grave e atingir determinado dano moral ou material de extrema relevância⁹¹.

Estamos, pois, diante de um tema em que impera o subjetivismo. Desta forma, é fundamental uma séria reflexão sobre os argumentos utilizados no sistema de justiça penal, especificamente no tocante à reprodução de estereótipos femininos construídos durante uma longa evolução histórica.

Neste meio, interessa verificar se na Roma Antiga já havia algumas construções sobre o comportamento feminino que iriam influenciar o pensamento moderno.

Em uma recente obra italiana sobre a violência sexual no direito romano⁹², encontramos alguns argumentos que comprovariam, segundo os autores, a influência de determinadas estruturas de pensamento, fundamentadas em estereótipos femininos, sobre a argumentação jurídica romana.

Neste sentido, G. RIZZELLI⁹³ afirma que, nos discursos sobre a sexualidade feminina e o controle da mesma, são observadas certas “*strutture di pensiero*” que podem ter influenciado a argumentação jurídica romana. E em determinadas situações elas podem até mesmo “ter determinado ou legitimado algumas escolhas normativas no tema de comportamentos sexuais violentos contra a mulher”.

F. LUCREZI⁹⁴, por outro lado, explica que à mulher foram reconhecidos, com o desenvolvimento da civilização romana, uma série de direitos, como vimos anteriormente. E estes direitos propiciaram-na a possibilidade de ter acesso a posições de autonomia e de influência.

⁹⁰ *Estupro: enfoque vitimológico*, in *Justitia* 154 (1991), p. 83.

⁹¹ A. SCARANCE FERNANDES - O. H. DUEK MARQUES, *Estupro: enfoque vitimológico* cit. (nota 90 supra), p. 84.

⁹² F. LUCREZI – F. BOTTA – G. RIZZELLI, *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, Lecce, Edizioni del Grifo, 2003.

⁹³ *In has servandae* cit. (nota 2 supra), p. 105.

⁹⁴ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 7.

Todavia, no tocante ao exercício da sua sexualidade, ressalta o estudioso, ela não obteve avanços, suportando, por longos anos, “graves e difusos preconceitos misóginos”. Estes, conclui, objetivavam sempre atribuir a culpa à mulher, de forma que ela aparecesse “naturalmente” defeituosa, “fonte primeira de todo o mal, de todos os problemas”⁹⁵.

O estereótipo da mãe de família casta e virtuosa, acrescenta este mesmo autor, aparece em oposição à conquistadora pérfida e maliciosa, lembrando que precisava de muito pouco para que se mudasse da primeira para a segunda situação. Daí a necessidade de afastar uma mulher pudica de tudo o que estivesse relacionado ao sexo⁹⁶.

F. LUCREZI⁹⁷ ainda afirma que, ao participar de um ato sexual, mesmo contra a sua vontade, a sua honra seria inevitavelmente atingida. A mulher se entregaria, então, à lascívia, à libidinagem. O sexo, exceto no caso do matrimônio⁹⁸, poderia representar grande perigo em face da “armadilha ambígua e perigosa tecida, pela malícia e volúpia feminina”.

De fato, as fontes latinas apresentam um modelo feminino ideal – claro, modelo dirigido àquelas mulheres destinadas à constituição de família –, um estereótipo fundamentado na noção de honestidade, e que implicava, dentre outras condições, num rígido controle do comportamento sexual da mulher.

A violação da virgindade, da castidade ou da fidelidade conjugal, ou seja, a prática de atos libidinosos ilícitos, considerados gravíssimos, implicava automaticamente na perda da honestidade e da honra individual e familiar.

Assim, a mulher deveria ser afastada do sexo, pois haveria uma natural tendência a se guiar pelos prazeres carnavais. E uma vez que seu corpo fosse entregue à luxúria, à sensualidade, a ela seriam atribuídos os mais negativos valores da sociedade. Uma vida sexual desregrada implicava no esvaziamento de sua função social como *materfamilias* ou aspirante a tal condição.

As fontes antigas apresentadas a seguir e mencionadas por F. LUCREZI⁹⁹ servem de fundamento para as opiniões supracitadas.

Em virtude da *lex Valeria Fundania* (195 a. C.), dirigida à revogação da *lex Oppia*, de 215 a. C. – a qual proibia as mulheres de exibirem a sua riqueza, especialmente no tocante ao uso de vestidos luxuosos, determinadas jóias de ouro e de carruagem de dois

⁹⁵ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 7.

⁹⁶ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 7.

⁹⁷ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 7.

⁹⁸ É interessante observar que o sexo no matrimônio era invisível em relação ao externo da família. Ademais, ela não assumiu nenhum relevo no plano social. Cf. F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 7.

⁹⁹ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), pp. 7-8.

cavalos na cidade – Catão, o Censor, criticando a nova legislação, declarou que, através da nova lei estavam sendo retirados os freios de uma natureza incapaz de se dominar, de um animal selvagem e perigoso¹⁰⁰.

G. RIZZELLI¹⁰¹, comentando este mesmo discurso de Catão, segundo o qual os excessos da mulher seriam capazes de desorganizar o direito e as tradições¹⁰², identifica, neste meio, a justificativa pela qual, desde os tempos remotos, a mulher era submetida ao controle de um tutor¹⁰³ nos atos privados e era proibida de ter acesso à vida política.

Algum tempo depois, em 186 a.C., surgiu a necessidade de repressão dos bacanais devido aos sérios inconvenientes que estes eventos geravam. Estes encontros, com o decorrer do tempo, passaram a transgredir os bons costumes e a ordem pública, principalmente pelas práticas relacionadas às orgias. O cônsul Espúrio Albino, comentando e tentando explicar o problema, declarou que a participação das mulheres nestes eventos era a própria causa do mal¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Lív., *Ab Urb.* 34,2,8-12: “*Equidem non sine rubore quodam paulo ante per medium agmen mulierum in forum perueni. quod nisi me uerecundia singularum magis maiestatis et pudoris quam uniuersarum tenuisset, ne compellatae a consule uiderentur, dixissem: "qui hic mos est in publicum procurrendi et obsidendi uias et uiros alienos appellandi? istud ipsum suos quaeque domi rogare non potuistis? an blandiores in publico quam in priuato et alienis quam uestris estis? quamquam ne domi quidem uos, si sui iuris finibus matronas contineret pudor, quae leges hic rogarentur abrogarentur curare decuit."* maiores nostri nullam, ne priuatam quidem rem agere feminas sine tutore auctore uoluerunt, in manu esse parentium, fratrum, uirorum: nos, si diis placet, iam etiam rem publicam capessere eas patimur et foro prope et contionibus et comitiis immisceri. quid enim nunc aliud per uias et compita faciunt quam rogationem tribunorum plebi suadent, quam legem abrogandam censent? date frenos impotenti naturae et indomito animali et sperate ipsas modum licentiae facturas: nisi uos facietis, minimum hoc eorum est quae iniquo animo feminae sibi aut moribus aut legibus iniuncta patiuntur. omnium rerum libertatem, immo licentiam, si uere dicere uolumus, desiderant. quid enim, si hoc expugnauerint, non temptabunt?”. Sobre este tema, interessante destacar o artigo de E. HÖBENREICH, *Die ‘lex Oppia’ und Catos Rache*, in E. HÖBENREICH - G. RIZZELLI, *Scylla. Fragmente einer juristischen Geschichte der Frauen im antiken Rom*, Wien-Köln-Weimar, Böhlau Verlag, 2003, pp. 97-111.

¹⁰¹ ‘*In has servandae*’ cit. (nota supra), pp. 106-107.

¹⁰² Cf. Lív., *Ab Urb.* 34.2.1.

¹⁰³ Neste sentido, é interessante mencionar a justificativa de Gaio para a existência da tutela das mulheres. Cf. Gai. 1,144: “*Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare: Masculini quidem sexus impuberibus, feminini vero impuberibus puberibusque, vel cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse*” e Gai. 190 “*Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur: Nam quae vulgo creditur, quin levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitae auctor fieri a praetore cogitur*”. Cf. B. ALBANESE, ‘*Animi levitas*’ femminile in Gai 1.144 e 190, in *Annali del Dipartimento di Storia del Diritto della Università di Palermo (AUPA)* (48) 2003, pp. 1-4 e R. QUADRATO, ‘*Infirmas sexus*’ e ‘*levitas animi*’ nel linguaggio dei giuristi romani, in F. SINI e R. ORTU (org.), ‘*Scientia iuris e linguaggio nel sistema giuridico romano*, Atti del Convegno di Studi, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 177-194.

¹⁰⁴ Lív., *Ab Urb.* 39,15,9: “*primum igitur mulierum magna pars est, et is fons mali huiusce fuit*”. Segundo K. Z. MÉHÉSZ, *El Mundo Clásico*, Corrientes, Universidad Nacional del Nordeste, 1972, p. 132, nesta época, uma turba de jovens e mulheres reuniam-se frequentemente durante a noite e em locais encobertos para cultuar Baco. Os rapazes envolviam-se em desvios sexuais e as mulheres caíam num abismo imoral. O autor chega a acreditar que, talvez por este fato, a participação da mulher neste culto tenha sido considerada como a própria fonte do mal. Como consequência destes encontros, constatou-se, na época, o aumento de

Além da legislação apresentada, F. LUCREZI¹⁰⁵ cita três figuras femininas, eternizadas pelas várias gerações, como mulheres famosas e sedutoras, mas ao mesmo tempo, perigosas: Lésbia¹⁰⁶, Cleópatra¹⁰⁷ e Messalina¹⁰⁸. Elas são julgadas como exemplos de mulheres imorais e de desejos torpes. São verdadeiramente “símbolos paradigmáticos dos indomáveis instintos femininos”.

Assim, a sexualidade feminina, claro, limitando-se às mulheres de classes sociais respeitadas, era reprimida e restrita ao inviolável matrimônio. Havia, pois, um controle familiar, social e estatal para a difícil tarefa de manutenção da pudicícia, evitando, assim, toda espécie de mal que uma mulher degenerada poderia causar.

Para alguns especialistas sobre o tema, a suscetibilidade feminina aos prazeres, argumento encontrado nas fontes, tem forte implicação na análise da resistência da vítima ao *stuprum violentum*.

G. RIZZELLI¹⁰⁹ aponta algumas interessantes questões, presentes nas fontes antigas, que podem ser úteis para a análise do consentimento da vítima: a fraqueza própria do sexo feminino, a propensão a ter pequena resistência às paixões, principalmente de caráter eróticas, e a ligação entre o impuro comportamento sexual feminino e a tendência à prática de crimes.

Um tema constante, presente nas fontes latinas, afirma o romanista, é a fraqueza feminina. Tal debilidade, segue, consideradas nos seus aspectos físicos e mentais gera, como consequência, a instabilidade mental¹¹⁰.

Ela passa, então, a representar, em conformidade às idéias sustentadas por este autor, a violência cega e incontida das paixões, os desejos insaciáveis, os quais provocam a perda da capacidade de discernir, com o auxílio da razão, o certo e o errado, o verdadeiro estado das coisas¹¹¹.

Esta opinião é compartilhada por Y. THOMAS¹¹², o qual, ao estudar a divisão dos sexos no direito romano, afirmou que um grande número de juristas romanos, ao tratarem de algumas incapacidades estatutárias da mulher, utilizavam o lugar-comum da fraqueza de

envenenamentos, de assassinatos secretos com cadáveres desaparecidos, de perjúrios, do número de degenerados, de testamentos apócrifos e de firmas falsificadas.

¹⁰⁵ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 8.

¹⁰⁶ Cf. Cíc., *Pro Cael.* 49, no qual se encontra a referência de Lésbia como *proterva meretrix procaxque*.

¹⁰⁷ Cf. Hor. *Carm.* 1,37,21. Cleópatra também foi conhecida como *fatale monstrum*.

¹⁰⁸ Cf. Iuv. *Sat.* 6,118. Messalina era denominada *meretrix Augusta*.

¹⁰⁹ *In has servandae* cit. (nota 2 supra), pp. 106-110.

¹¹⁰ *In has servandae* cit. (nota 2 supra), pp. 105-106.

¹¹¹ G. RIZZELLI, *In has servandae* cit. (nota 2 supra), p. 107.

¹¹² *La divisione dei sessi nel diritto romano*, in G. DUBY-M. PERROT, *Storia delle donne in occidente. L'Antichità*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 103.

espírito (*imbecillitas mentis*), da leviandade mental e da fraqueza do sexo feminino (*infirmas sexus*).

Na opinião de N. CRINITE¹¹³, a libido, o desejo e a paixão identificavam-se com a desvalorizada situação da *meretrix*. Por outro lado, qualquer iniciativa de uma *honestas femina*, em termos sexuais, em relação a um homem, era duramente reprovada e, se possível, reprimida. Deste modo, reprimia-se o adultério, para manter a pureza do sangue gentílico, e também relações sexuais com virgens, visto que estas eram potencialmente as mães de futuros cidadãos e soldados romanos.

É diante desta construção que se analisa a fragilidade feminina como derivada da escassa resistência às paixões, principalmente àquelas de cunho erótico. Aliás, esta idéia é percebida, como afirma categoricamente G. RIZZELLI¹¹⁴, como um resultado da experiência, com valor objetivo e incontestável. Exemplos desta imagem, prossegue, encontram correspondência, v. g., com Medéia e Fedra.

Por uma paixão cega, segundo G. RIZZELLI¹¹⁵, Medéia despertou os seus mais torpes desejos de vingança. Contrariada pelo fato de que o seu amor, Jasão, iria se casar com a filha de Creonte, agiu impulsiva e violentamente e não exitou em cometer vários tipos de delitos os quais acabaram por tirar a vida dos seus próprios filhos¹¹⁶.

Medéia havia convivido, por dez anos, com Jasão e teve dois filhos desta união matrimonial. Ele trai e abandona esta mulher para ficar com outra. A vingança de Medéia foi justamente aniquilar a descendência de seu ex-marido.

¹¹³ 'Imbecillus sexus'. *Le donne nell'Italia antica*, Brescia, Grafo, 1999, p. 22. De fato, a prostituição e as relações sexuais com escravos eram formas amplamente aceitas de relacionamento fora do matrimônio. Aliás, estas duas válvulas defendiam a "zona de proteção", através da qual a moral romana protegia os jovens e as jovens nascidos livres, as mulheres casadas e as viúvas. Este grupo protegido era tabu e, portanto, ficava limitado a rígidas regras no âmbito da sexualidade. Com estas pessoas não era possível praticar relações sexuais. Cf. K. W. WEEBER, *Alltag im Alten Rom* cit. (nota 14 supra), p. 367.

¹¹⁴ *In has servandae* cit. (nota 2 supra), pp. 107-108 "É, questa, un'idea percepita, in linea di massima, come un portato dell'esperienza, come un dato che ha valore oggettivo, incontestabile".

¹¹⁵ *In has servandae* cit. (nota 2 supra), pp. 108-109.

¹¹⁶ Cf. Prop., *Eleg.* 3,19,5: "Obicitur totiens a te mihi nostra libido: / crede mihi, vobis imperat ista magis. / vos, ubi contempti rupistis frena pudoris, / nescitis captae mentis habere modum. / flamma per incensas citius sedetur aristas, / fluminaque ad fontis sint reditura caput, / et placidum Syrtes portum et bona litora nautis / praebeat hospitio saeva Malea suo, / quam possit vestros quisquam / reprehendere cursus / et rabidae stimulos frangere nequitiae. / testis, Cretaei fastus quae passa iuveni / induit abiegnae cornua falsa bovis; / testis Thessalico flagrans Salmonis Enipeo, / quae voluit liquido tota subiredeo. / crimen et illa fuit, patria succensa senecta / arboris in frondes condita Myrrha novae. / nam quid Medae referam, quo tempore matris / iram natorum caede piavit amor? / quidve Clytaemestrae, propter quam tota Mycenis / infamis stupro stat Pelopea domus? / tuque, o, Minoa venumdata, Scylla, figura / tondes purpurea regna paterna coma. / hanc igitur dotem virgo desponderat hosti! / Nise, tuas portas fraude reclusit amor. / at vos, innuptae, felicius urite taedas: / pendet Cretaea tracta puella rate. / non tamen immerito Minos sedet arbiter Orci: / victor erat quamvis, aequus in hoste fuit."

Apesar disso, E. CANTARELLA¹¹⁷ explica que, com o seu atroz gesto, Medéia aparece, pela primeira vez na literatura grega, como uma mulher plenamente consciente das discriminações próprias do sexo feminino.

Esta romanista afirma ser difusa a interpretação que reconhece nesta mulher uma diversidade consistente no seu caráter masculino. O que se esperava de uma mulher abandonada era a submissão e até mesmo o gesto heróico do suicídio. Medéia, porém, deixou de ser vítima e assumiu o papel de protagonista, exercitado a vingança, prática nitidamente masculina e arraigada na cultura grega¹¹⁸.

Note-se que esta observação de E. CANTARELLA opõe-se à idéia apresentada por G. RIZZELLI, de que Medéia seria um exemplo de fragilidade feminina derivada da escassa resistência às paixões, pois, segundo a romanista, Médeia teria exercido um papel essencialmente masculino ao praticar a vingança contra o seu marido.

Vejamos, por outro lado, um outro caso. Uma intensa paixão não correspondida tornou Fedra responsável por um funesto acontecimento familiar. Ela, casada com Teseo e sem controle de seus instintos, enveredou-se na paixão por seu enteado, Hipólito. Este, porém, não a amava. Como vingança e, diante das recusas ofensas do rapaz, ela o acusou de tê-la violentado¹¹⁹.

E diante desta gravíssima acusação Teseo invocou contra o filho a punição de Netuno. A palavra da mulher teve maior força, e Teseo acabou morrendo. A instabilidade desta mulher resultou, ao final, com a sua confissão, afirmando a inocência de Hipólito. E, assim, só lhe restou o suicídio.

Ovídio¹²⁰ elencou Fedra entre as mulheres dominadas pela paixão erótica. Ademais, explicou que principalmente o gênero feminino tem propensão à loucura erótica¹²¹.

Outra informação relevante, sobre a natureza feminina séria encontrada na *Rhetorica ad Herennium*.

¹¹⁷ *L'amore è un dio – il sesso e la polis*, Milano, Feltrinelli, 2007, p. 42.

¹¹⁸ E. CANTARELLA, *L'amore è un dio* cit. (nota 117 supra), pp. 43-44. Esta autora destaca que a figura de Medéia esteve sujeita a diversas interpretações, tendo sido compreendida como assassina e até mesmo como vítima. No séc. XX, ela se tornou um personagem trágico que constantemente foi associado às diversas formas de opressão, seja quanto à questões de gênero, seja no que tange aos direitos negados de alguns povos e culturas.

¹¹⁹ Cf. Sên., *Phae.* 360-364: “*spes nulla tantum posse leniri malum, / finisque flammis nullus insanis erit. / torretur aestu tacito et inclusus quoque, / quamvis tegatur, proditur vultu furor: / erumpit oculis ignis*”.

¹²⁰ *Ars Am.* 1.281-340.

¹²¹ G. RIZZELLI, *In has servandae* cit. (nota 2 supra), p. 108, nt. 12. Mencionamos, neste ponto, o comentário de E. CANTARELLA, *L'amore è un dio* cit. (nota 117 supra), p. 32, durante a sua análise sobre a trágica história de Fedra: “*Non a caso la regolamentazione del comportamento sessuale è tra le prime preoccupazioni dei legislatori greci. Il mito, quando racconta storie in cui queste regole vengono infrante, sembra quasi voler ricordare che la violazione delle leggi umane, quale ne sia la ragione, non porta bene a chi se ne rende colpevole*”.

Este trabalho, provavelmente escrito entre 86 e 82 a.C., é de autoria desconhecida. A sua importância reside no fato de ser a mais antiga obra de retórica da Antiguidade e uma das obras de maior circulação na Idade Média¹²².

E nesta *Rhetorica*¹²³ encontram-se algumas afirmações que expressam como, na cultura antiga, era forte o preconceito contra a mulher.

Os antepassados, declara-se, consideravam que bastava a condenação de uma mulher por um crime para que outros ilícitos também fossem a ela imputados.

Sendo julgada impudica, também passava a ser condenada pelo crime de envenenamento, pois, entregando-se aos prazeres sensuais, surgia, para a mesma, o temor contra todos aqueles atingidos por sua desonra. A natureza irracional e instável da mulher a conduziria a este resultado.

O autor da Retórica a Herênio afirma que o ânimo corrompido macula o próprio corpo. Por fim, ainda explica que a mulher pratica um crime sempre movido pela paixão. Em oposição, os homens tornam-se criminosos pelas mais diversas razões.

G. RIZZELLI¹²⁴ aponta outra idéia encontrada nos autores antigos: o fato de que a mulher sofre violência sexual, pois a provoca. E isto ocorre, segundo o estudioso, porque, segundo os autores latinos, a sua natureza é dominada por uma necessidade erótica anormal, diferentemente do gênero masculino.

Ela oferece, pois, um consentimento tácito, induzindo o homem a possuí-la.

¹²² A. P. CELESTINO FARIA-A. SEABRA, *Retórica a Herênio [Cícero]*, São Paulo, Hedra, 2005, p. 11.

¹²³ Cf. *Rhet. ad Her.*4,23: “*Maiores nostri si quam unius peccati mulierem damnabant, simplici iudicio multorum malefactorum convictam putabant. Quo pacto? Quam impudicam iudicabant, ea ueneficii quoque damnata existimabatur. Quid ita? Quia necesse est eam, quae suum corpus addixerit turpissimae cupiditati, timere multos. Quos istos? Virum, parentes, ceteros, ad quos uidet sui dedecoris infamiam pertinere. Quid postea? Quos tantopere timeat, eos necesse est, optet necare. Quare necesse est? Quia nulla potest honesta ratio retinere eam, quam magnitudo peccati facit timidam, intemperantia audacem, natura mulieris inconsideratam. Quid? Veneficii damnatam quid putabant? Impudicam quoque necessario. Quare? Quia nulla facilius ad id maleficium causa, quam turpis amor et intemperans libido commouere potuit; tum cuius mulieris animus esset corruptus, eius corpus castum esse non putauerunt. Quid? In uiris idemne hoc obseruabant? Minime. Quid ita? Quia uiros ad unum quodque maleficium singulae cupiditates inpellunt, mulieris ad omnia maleficia cupiditas una ducit*”.

¹²⁴ In *has servandae* cit. (nota 2 supra), p. 114: “*Gli antichi autori si dimostrano più di una volta scettici sulla circostanza che una donna possa aver subito un’iniziativa sessuale altrui senza averla provocata, visto che la sua natura, a differenza di quanto avviene per il genere maschile, la spinge con forza verso il soddisfacimento di un bisogno erotico anormale*”. Este autor observa (p. 114, nt. 23) que, na literatura antiga, duas situações de estupro nas quais as vítimas alegaram inutilmente a inocência, mas mesmo assim foram punidas com a morte por familiares, o que demonstra a prevalência de determinados valores e uma clara desconfiança quanto ao gênero feminino. É o caso, por exemplo, de Leucotoe, estuprada por Apolo e sepultada viva pelo pai (Ovídio, *Met.* 4.230-240). Por outro lado, pode-se mencionar a história de Ceni, violada por Netuno, e, depois, transformada em homem para não mais ser vítima de tal fatalidade (Ovídio, *Met.* 12.189-209). Este caso demonstra o posicionamento desfavorável de uma mulher diante do abuso erótico de um homem. Também neste sentido, G. DOBLHOFFER, *Vergewaltigung in der Antike* cit. (nota 3 supra), p. 69.

Neste sentido, F. LUCREZI¹²⁵ reconhece que foi muito propagada a idéia de que um homem dificilmente cederia à tentação se ele não tivesse sido ativamente solicitado por uma mulher, uma vez que esta não poderia ser assediada sem que provocasse pessoalmente esta situação.

Assim, Ovídio, em uma passagem de sua obra *Ars Amatoria*¹²⁶, explica que a mulher violentada por um homem fortemente subjugado pela paixão sente prazer, enquanto que a mulher respeitada simula alegria, mas na realidade é triste no seu íntimo¹²⁷.

Como bem observa G. RIZZELLI¹²⁸, nesta obra de Ovídio¹²⁹ encontra-se a expressão “*vis grata puellis*”, ou seja, “violência recebida com agrado pelas moças”, muito utilizada pelos penalistas na Itália até há pouco tempo, como, por exemplo, F. CARRARA¹³⁰ e V. MANZINI¹³¹.

Este romanista identifica traços do citado pensamento (*vis grata puellis*) numa passagem de Papiniano¹³² em que este jurista nega a possibilidade de acusação de adultério contra uma mulher que, segundo uma sentença do governador da província, havia sido violentada. Ela, para proteger a própria pudicícia, havia omitido o fato do marido¹³³.

¹²⁵ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 9.

¹²⁶ Ovíd., *Ars Am.* 1.662-680: “*Quis sapiens blandis non misceat oscula verbis? Illa licet non det, non data sume tamen. Pugnabit primo fortassis, et 'improbe' dicet: Pugnando vinci se tamen illa volet. Tantum ne noceant teneris male rapta labellis. Neve queri possit dura fuisse, cave. Oscula qui sumpsit, si non et cetera sumet. Haec quoque, quae data sunt, perdere dignus erit. Quantum defuerat pleno post oscula voto? Ei mihi, rusticitas, non pudor ille fuit. Vim licet appelles: grata est vis ista puellis. Quod iuvat, invitae saepe dedisse volunt. Quaecumque est veneris subita violata rapina. Gaudet, et inprobitas muneris instar habet. At quae cum posset cogi, non tacta recessit. Ut simulet vultu gaudia, tristis erit. Vim passa est Phoebe: vis est allata sorori. Et gratus raptae raptor uterque fuit*”. O poeta Públio Ovídio Naso nasceu no dia 24 de março de 43 a.C. e estudou retórica em Roma com Pórcio Latrão e Aurélio Fusco, os grandes mestres da época. Diferentemente dos demais poetas da primeira geração do período de Augusto, muito centrados na guerra civil, Ovídio dedicou-se a uma sociedade mundana e descuidada, voltada à busca de uma literatura que proporcionasse divertimento e sofisticação. Em 8 d.C., o poeta foi condenado por Augusto, recebendo a pena de exílio. Não é certa a causa da sua punição, havendo três hipóteses: a) a sua obra *Ars Amatoria* teria um conteúdo transgressivo e contrário às diretivas da reforma moral implantada pelo imperador; b) o poeta teria colaborado com o *adulterium* de uma sobrinha de Augusto, Júlia Menor; e) uma outra obra, os *Fastos*, teria representado perigo para o império, principalmente com a aplicação do relativismo do autor à ideologia do consenso. Cf. G. PICONE-E. ROMANO-F. GASTI, *Lezione romane* cit. (nota 34 supra), pp. 502-503.

¹²⁷ G. RIZZELLI, ‘*In has servandae*’ cit. (nota 2 supra), pp. 114-115.

¹²⁸ *In has servandae integritatis custodias* cit. (nota supra), p. 115 e nt. 26.

¹²⁹ *Ars. Am.* 1.672-673: “*Vim licet appelles: grata est vis ista puellis / quod iuvat, invite saepe dedisse volunt*”.

(grifos nossos)

¹³⁰ *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciael*, v. 2, Lucca, Tipografia Giusti, 1887, pp. 317 ss.

¹³¹ *Diritto penale italiano*, v. 7, Torino, 1951, p. 272.

¹³² Pap. 15 resp., D.48,5,40(39) pr.: “*Vim passam mulierem sententia praesidis provinciae continebatur: in legem Iuliam de adulteriis non commisisse respondi, licet iniuriam suam protegendae pudicitiae causa confestim marito renuntiari prohibuit*”.

¹³³ G. RIZZELLI, ‘*In has servandae*’ cit. (nota 2 supra), pp. 115-116. Para este romanista (p. 115, nt. 26), “*il problema posto al giurista è se tale condanna possa essere considerata presupposto, ai sensi della 'lex Iulia de adulteriis', per instaurare un giudizio nei confronti della donna*”. Todavia, esta interpretação elaborada pelo autor não é confirmada expressamente pelo texto. Não fica claro que a condenação por violência era um pressuposto para a acusação por adultério. Aliás, divergimos neste ponto, pois, provavelmente, o

Entendemos, porém, que a *accusatio* de adultério, neste caso, teria sido motivada em razão da ocultação do *stuprum violentum* por parte da esposa, o que teria gerado suspeitas sobre o comportamento desta. Não vemos indícios de que o fundamento desta acusação de adultério seria decorrência de uma praxe jurisdicional que identificava a mulher como a responsável pela violência sofrida.

Aliás, o posicionamento de Papiniano bem demonstra a proteção que a mulher violentada recebia do sistema de justiça, pois o fato de ocultar do marido a violência sofrida poderia ter sido interpretada como um indício desfavorável à mulher, o que no caso efetivamente não ocorreu, como expressamente está mencionado na fonte.

De qualquer forma, G. RIZZELLI¹³⁴ explica que a noção de violência existente na expressão supracitada, mesmo com o decorrer dos séculos, foi influenciada pela idêntica maneira de pensar a sexualidade feminina, o que também gerou sérias conseqüências no tocante à apreciação da conduta do sujeito ativo do crime de estupro.

Ressalte-se, porém, que o contexto original da obra de Ovídio em que esta expressão foi inserida não tinha o mesmo objetivo que os penalistas indicaram, ou seja, o poeta latino não objetivava uma justificativa para a prática da violência sexual.

Esta obra de Ovídio, publicada entre os séculos I a.C. e I d.C., tinha a simples finalidade de ensinar a arte de conquistar e de manter o amor de uma mulher¹³⁵. Neste sentido, ao mencionar que a violência agradava às jovens, o poeta estava apenas se referindo a um jogo inicial de sedução, próprio do início de uma conquista amorosa (a mulher aprecia a iniciativa masculina durante a conquista), e não à agressão sexual propriamente dita (a mulher deseja o ato sexual violento). Esta última interpretação, porém, foi aquela utilizada posteriormente no direito penal moderno.

questionamento sobre a acusação de adultério decorreu não em razão da violência, mas sim pelo fato de que a mulher havia ocultado a violência sofrida, o que certamente gerou suspeitas.

¹³⁴ Segundo F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 10, a pureza e a honestidade femininas deviam ser defendidas a todo custo pela mulher, de forma que, se surgisse uma dúvida sobre o seu procedimento ou se as suas defesas fossem superadas, haveria a presunção da sua responsabilidade. O homem é até mesmo convidado a forçar a frágil porta. Neste sentido, Ovídio ensinava que o homem não deveria sujeitar-se à resistência de uma mulher. Na realidade, o que ela desejaria era ser vencida com a força (*vis grata puellis*). A resistência seria uma ficção. Cf. Ov. *Ars am.* 1,662-679. Nesta mesmo sentido, RIZZELLI, Giunio, *In has servandae* cit. (nota 2 supra), pp. 114-115 e nt. 25; e G. RIZZELLI, *Lucretia*, in E. HÖBENREICH - G. RIZZELLI, *Scylla. Fragmente einer juristischen Geschichte der Frauen im antiken Rom*, Weimar, Böhlau, 2003, p. 316 e nt. 294. Destacamos, porém, a opinião de J. N. ADAMS, *The latin sexual vocabulary*, Baltimore, Johns Hopkins University, 1990, p. 198: “The attitude that women enjoy sexual violence (Ovid. ‘Ars’ 1.673; cf. ps.-Ambros. ‘Laps. Virg.’ 12) can cause an emotive designation to be regarded as an exaggeration. Hence the designation becomes subject to weakening”.

¹³⁵ G. PICONE-E. ROMANO-F. GASTI, *Lezione romane* cit. (nota 34 supra), p. 506.

Por outro lado, Santo Agostinho¹³⁶, ao analisar o suicídio de Lucrecia, acrescenta mais elementos para confirmar as observações dos mencionados romanistas italianos. Ele não demonstrou nenhuma piedade quanto a este episódio. Tentando demonstrar a superioridade das mulheres cristãs, em relação às aquelas pagãs, Agostinho viu no suicídio daquela mulher um indício de culpa: se fora inocente, qual seria a razão do suicídio? Se fora culpada, não seria merecedora de louvor¹³⁷.

Santo Agostinho, reconhece G. RIZZELLI¹³⁸, procurou ressaltar a superioridade moral do comportamento das mulheres cristãs em relação às aquelas pagãs. Buscando um dos maiores exemplos femininos de pudícia da antiguidade, Agostinho analisou atentamente o episódio de violência carnal sofrido por Lucrecia para detectar, nos seus comportamentos, alguma falha que descaracterizasse a honestidade.

Para Agostinho, uma mulher agredida sexualmente não teria motivo para cometer um suicídio. A partir desta informação o autor passou a indagar se Lucrecia não teria sido, de fato, uma adúltera.

Diante deste pensamento, Agostino declarou que dificilmente apenas Tarquínio desejou a relação carnal. Talvez, continua, Lucrecia praticara o suicídio em razão da culpa que sentia por ter sido traída pelos seus próprios impulsos sexuais. A agressão teria secretamente deleitado a vítima¹³⁹.

¹³⁶ Civ. Dei 1,19,2. Consoante a exposição de G. RIZZELLI, *Le donne nell'esperienza* cit. (nota 13 supra), p. 71, Santo Agostinho escreveu, entre os anos 412 (ou 413) e 426, uma famosa obra, o *De civitate Dei*, na qual dedicou alguns capítulos do primeiro livro à questão da violência sexual praticada contra a mulher. Este autor analisou a situação psicológica de quem sofre a agressão e a relevância desta situação para a finalidade de excluir ou afirmar a co-responsabilidade da vítima.

¹³⁷ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 6 cita, nesta afirmação, Ago., Civ. Dei 1,19,2: *si adulterata, cur laudata; si pudica, cur occisa?* É interessante observar que Agostinho redefiniu o conceito pagão de estupro segundo a noção de castidade cristã. Assim, o estupro passou a ser analisado como sexo contra o desejo da mulher. Na sua obra, este escritor priorizou a consciência da vítima ao invés de se focalizar na culpa do estuprador, sugerindo que a mulher deseja e até mesmo solicita o ato de violência sexual. Resquícios de tais idéias permanecem ainda hoje nos contemporâneos discursos sobre o estupro. Por outro lado, cabe mencionar que, para E. VANDIVER, *The founding mothers* cit. (nota 34 supra), pp. 207 e 216, mesmo diante da crítica de Santo Agostinho, não existe dúvida sobre a inocência de Lucrecia, pois Lívio estava demonstrando, com a morte desta, que todo cidadão romano devia se sacrificar e agir com a máxima coragem para defender o bem público. Lívio sugeria que assim como os homens, as mulheres também deviam tomar decisões morais acerca das questões públicas e privadas e que a sociedade enaltecia mulheres com caráter moral suficientemente forte para fazer escolhas corretas.

¹³⁸ *Le donne nell'esperienza* cit. (nota 13 supra), pp. 71-72. Este romanista menciona que, provavelmente, os cristãos e os pagãos criticavam-se reciprocamente no tocante ao comportamento das respectivas mulheres, quando vítimas de agressão sexual pelos inimigos. Estes ironizavam as cristãs pela aceitação que estas conferiam ao agressor, pois as mesmas não demonstravam ter suficiente coragem para evitar a vergonha resultante do crime. Aqueles, por outro lado, entendiam que Lucrecia, com o seu suicídio, demonstrou arrependimento por ter consentido com a prática delitiva.

¹³⁹ G. RIZZELLI, *Le donne nell'esperienza* cit. (nota 13 supra), p. 71. Cf. Ago., Civ. Dei 1,19,1-2.

Assim, o estupro acabou sendo analisado como sexo forçado contra o desejo da mulher. Priorizou-se o comportamento da vítima ao invés da culpa do estuprador, sugerindo que a mulher deseja e até mesmo solicita o ato de violência sexual.

Este acontecimento também foi objeto de comentários por Empório¹⁴⁰, retor que viveu provavelmente entre os séculos V e VI, supostamente originário da Gália. Examinando a lenda sobre o estupro de Lucrecia, ele concluiu que o suicídio desta mulher resultou em duas diferentes interpretações sobre o fato. Embora fosse possível entrever no seu ato uma corajosa vingança da própria pudicícia, ao privar-se da vida, ela possibilitou outra interpretação do seu comportamento, no sentido do seu arrependimento pelo estupro tolerado com prazer¹⁴¹.

Na opinião de G. RIZZELLI¹⁴², diante do estupro, era muito relevante a análise do comportamento da mulher. E este seu comportamento deveria necessariamente seguir todas as regras sociais, já analisadas, sobre a honestidade feminina. Caso a mulher não se comportasse segundo os mencionados ditames, o seu modo de agir seria considerado como um chamamento àquele que quisesse seduzi-la.

Cícero¹⁴³ comparava a uma prostituta *proterva e procax*, toda mulher que abria sua casa às paixões, bem como aquela que aparecia em público acompanhada de homens ou que assumia outros comportamentos liberais¹⁴⁴.

Além de se preocupar com o seu comportamento, a mulher também devia estar atenta à sua beleza, pois esta também gerava o risco da violência sexual: “*forma mihi nocuit*”¹⁴⁵. A citada expressão refere-se ao caso de estupro praticado contra uma linda jovem pelo deus do mar. Este, diante de tanta beleza, dirigiu-se à moça para o cortejamento com doces palavras, mas diante da negativa, utilizou-se da força.

¹⁴⁰ *Rhet. Halm.* 571 ss.

¹⁴¹ G. RIZZELLI, *Le donne nell'esperienza* cit. (nota 13 supra), p. 71, nt. 117.

¹⁴² *In has servandae* cit. (nota 2 supra), p. 118.

¹⁴³ *Pro Cael.* 49: “*Si quae non nupta mulier domum suam patefecerit omnium cupiditati palamque sese in meretricia vita collocarit, virorum alienissimorum conviviis uti instituerit, si hoc in urbe, si in hortis, si in Baiarum illa celebritate faciat, si denique ita sese gerat non incessu solum, sed ornatu atque comitatu, non flagrantia oculorum, non libertate sermonum, sed etiam complexu, osculatione, actis, navigatione, conviviis, ut non solum meretrix, sed etiam proterva meretrix procaxque videatur: cum hac si qui adulescens forte fuerit, utrum hic tibi, L. Herenni, adulter an amator, expugnare pudicitiam an explere libidinem voluisse videatur?*”. Cícero nasceu no dia 3 de janeiro de 106 a.C.. Na sua obra denominada *Pro Caelio*, de 56 a.C., o orador defendeu seu jovem pupilo Marco Célio Rufo em um processo relativo à tentativa de envenenamento. Tal crime, porém, havia sido preparado por Clódia, ex-amante do jovem. Como defesa, Cícero caracterizou Clódia como uma amante abandonada, ciumenta e vingativa, ridicularizando o seu comportamento sexual. Cf. G. PICONE-E. ROMANO-F. GASTI, *Lezione romane* cit. (nota 34 supra), p. 193 e 202.

¹⁴⁴ G. RIZZELLI, *In has servandae* cit. (nota 2 supra), p. 118, nt. 34.

¹⁴⁵ Ovídio, *Met.* 2,572. Cf. G. RIZZELLI, *In has servandae* cit. (nota 2 supra), p. 118, nt. 34.

Ademais, da mulher não era exigido apenas o enquadramento a estes parâmetros. Ela ainda devia demonstrar ter lutado o suficiente para evitar qualquer violação à sua honra e à honra da sua família. Esta teria sido a opinião de Latrão, nas *Controversiae* de Sêneca¹⁴⁶, ao defender um marido que acusou a própria mulher pelo crime de adultério. Neste caso, a mulher foi instituída herdeira de um negociante estrangeiro que tentou, em vão, seduzi-la.

Ocorre que desta forma ela ofendeu o marido, pois mesmo diante de tantas insinuações, a moça não escondeu com diligência o próprio corpo e não deixou de usar ornamentos. Ou seja, ela calou uma vez incitada a praticar uma relação sexual com um homem diverso do seu marido¹⁴⁷.

A recusa a este tipo de solicitação devia ser imediata e eficiente.

G. RIZZELLI¹⁴⁸ observa que, além destas formas de caráter subjetivo, havia outra, possivelmente mais antiga, mas não totalmente substituída pelas demais, para a verificação da *pudicitia* em juízo. Tratava-se de uma noção de *puditicia* que analisava apenas a integralidade objetiva do corpo da mulher, sem qualquer constatação sobre a vontade da mesma.

Desta maneira, comprometia-se irremediavelmente a honra feminina através da prática de ato sexual com um homem diverso de seu marido, independentemente da sua vontade, *i. e.*, mesmo que tal fato ocorresse mediante violência. Na realidade este critério objetivo era aplicado concorrentemente com os outros subjetivos¹⁴⁹.

As emoções e as reações deviam ser controladas de forma rigorosa para que o comportamento feminino não se apresentasse, em nenhuma hipótese, censurável. Assim, uma mulher que fosse objeto de discussão não era, por este fato, considerada suficientemente *pudica*¹⁵⁰.

Esta observação encontra testemunho em uma passagem das *Controversiae* de Sêneca¹⁵¹, relativa à captura, por piratas, de uma virgem, posteriormente vendida a um alcoviteiro, que a prostituiu. Esta suplicava aos seus clientes para lhe doar dinheiro sem

¹⁴⁶ *Contr.* 7,6.

¹⁴⁷ G. RIZZELLI, *In has servandae* cit. (nota 2 supra), p. 118. Vide C. VENTURINI, ‘*Accusatio adulterii*’ e *politica constantiniana*, in *SDHI* (54) 1988, pp. 93 ss.

¹⁴⁸ *In has servandae integritatis* cit. (nota 2 supra), p. 118, nt. 36.

¹⁴⁹ G. RIZZELLI, *In has servandae* cit. (nota 2 supra), p. 118, nt. 36 e G. RIZZELLI, *Virginia und Gorgonia*, in E. HÖBENREICH - G. RIZZELLI, *Scylla. Fragmente einer juristischen Geschichte der Frauen im antiken Rom*, Wien-Köln-Weimar, Böhlau Verlag, 2003, pp. 268-272.

¹⁵⁰ G. RIZZELLI, *In has servandae* cit. (nota 2 supra), p. 119.

¹⁵¹ Sên., *Contr.* 1,2: “*Quaedam virgo a piratis capta venit; emptā a lenone et prostituta est. venientes ad se exorabat stipem. militem, qui ad se venerat, cum exorare non posset, colluctantem et vim inferentem occidit. accusata et absoluta remissa ad suos est; petit sacerdotium*”.

que, em troca, ela devesse prestar relações sexuais. Contudo, a jovem assassinou um soldado que empregara violência para possuí-la. Desta forma, ela foi acusada em juízo, absolvida e restituída à família¹⁵².

Então, a moça objetivou o sacerdócio, cujo pressuposto é a castidade. Públio Asprenate negou tal castidade com uma afirmação de grande valor teórico: *nulla satis pudica est de qua quaeritur*¹⁵³.

Para G. RIZZELLI¹⁵⁴, tal afirmação, que possuía força de uma máxima da experiência, bem demonstra a desfavorável situação de uma mulher, vítima de violência sexual, em um processo. Vemos aqui, porém, uma desproporção entre o que indica fonte e a conclusão do estudioso.

Neste ponto discordamos deste autor, pois nesta última *Controversia* de Sêneca encontramos uma noção de pudicícia específica para fins religiosos. Segundo a nossa interpretação, as informações contidas na fonte tão-somente possibilitam afirmar que o parecer de Públio Asprenate dizia respeito apenas à questão do sacerdócio e não também a um processo criminal voltado à investigação e à repressão de um crime de *stuprum violentum*.

A concepção de pudicícia, sendo ampla e não definida, certamente possuía algumas especificidades de acordo com o contexto, religioso ou não.

De qualquer forma, G. RIZZELLI¹⁵⁵ afirma que a noção de *pudicitia* criada pela cultura pagã foi recuperada – consolidando e reforçando estes preconceitos¹⁵⁶ – e utilizada pela reflexão cristã, embora, nesta última, tenha sido mais acentuado o aspecto espiritual do que aquele físico.

¹⁵² G. RIZZELLI, *In has servandae* cit. (nota 2 supra), p. 119.

¹⁵³ Sên., *Contr.* 1,2,10: “*Proclama ingenuam esse te: quid expectas, dum in lupanar veneris? iam tibi omnia templa praeclusa sunt. Conservarum osculis inquinatur, inter ebriorum convivarum iocos iactatur modo in puerilem, modo in muliebre habitum composita; istinc ne patri quidem redimenda est. Nulla satis pudica est, de qua quaeritur. Non legerem te sacerdotem, etiamsi sacerdoti servisses. Virginem esse sacerdotem nostram cui credimus? meretrici, lenoni, piratis; haec enim testium summa est. Castigationem [ex] pontificis maximi meruerat sacerdos, si te e lupanari redemisset. Convenit omnis libidinosorum turba et concurrit ad meretricem novam. Illud certe fateberis: pudicitia tua precaria est. Tot intraverunt cellam tuam gladiatores, tot (petulantes) iuvenes, tot ebrii; et omnes ante militem inermes? Ego illam dico prostitisse, illa se dicit etiam mendicasse. Pudicitiam sacerdotis meae etiam carnifici debeo.*” (grifos nossos)

¹⁵⁴ G. RIZZELLI, *In has servandae* cit. (nota 2 supra), p. 119.

¹⁵⁵ *In has servandae* cit. (nota 2 supra), p. 120 e nt. 39. Este autor explica que uma contraposição entre as pudicícias pagã e cristã pode ser encontrada em Ambr. *virgt.* 3,13, com a diferenciação entre *carnis virginitas* e *mentis integritas*.

¹⁵⁶ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 10.

Tertuliano¹⁵⁷ explicava que a exteriorização da pudicícia ocorria principalmente com a renúncia aos cuidados do corpo e à elegância.

O apologista descrevia a mulher como a “porta do diabo” (*ianua diaboli*)¹⁵⁸. Ela tocou, contrariando a vontade de Deus, a árvore proibida, e convenceu o homem a segui-la, coisa que nem mesmo o diabo havia conseguido tentar. Ela, na sua condição feminina, continua a responder pelo pecado de Eva.

G. RIZZELLI¹⁵⁹ e F. LUCREZI¹⁶⁰ mencionam, no tocante à obra de Tertuliano, os problemas gerados por uma mulher bela e pela sedução que esta provoca.

A beleza da mulher, necessariamente vinculada à luxúria, representa um grande perigo para ela mesma e para aquele que a admira, o qual ficava entregue aos seus encantos. Desta forma, o gênero feminino é o responsável pelo pecado masculino, pois o homem a deseja em razão da espada do seu fascínio. A única forma, então, de evitar tal sedução, seria esconder e negligenciar a beleza natural ou artificial¹⁶¹.

Quanto à violência sexual na obra de Tertuliano, recorda F. LUCREZI¹⁶², que uma mulher estuprada, contra a sua vontade, seria atingida inevitavelmente pela infâmia e pela vergonha, assim como um dono de uma propriedade que teria sido invadida por ladrões¹⁶³.

¹⁵⁷ *De Cult.*, 2.1-2, 3.1, 4.2 e 13.3. O mesmo autor afirmava que a castidade feminina era fundamental para que não houvesse a contaminação do sangue e para a certeza no tocante à paternidade. Cf. Tertul., *De Pud.* 1.1. Observa-se, nos autores cristãos, uma acentuada crítica ao uso de cosméticos, maquiagens e de outros elementos que tornassem uma mulher excessivamente elegante. Tertuliano nasceu entre os anos 150 e 160, sendo um escritor cristão com vasta formação em retórica, direito e filosofia. Cf. G. PICONE-E. ROMANO-F. GASTI, *Lezione romane. Letteratura, testi, civiltà*, v. 4, Torino, Loescher, 2008, p. 54.

¹⁵⁸ Tert., *De cult.* 1.1,1-2: “*In doloribus et anxietatibus paris, mulier, et ad uirum tuum conuersio tua et ille dominatur tui: et Euam te esse nescis? Viuit sententia Dei super sexum istum in hoc saeculo: uiuat et reatus necesse est. Tu es diaboli ianua; tu es arboris illius resignatrix; tu es diuinae legis prima desertrix; tu es quae eum suasisti, quem diabolus aggredi non ualuit; tu imaginem Dei, hominem, tam facile elisisti; propter tuum meritum, id est mortem, etiam filius Dei mori habuit: et adornari tibi in mente est super pelliceas tuas tunicas?*”. (grifos nossos)

¹⁵⁹ ‘*In has servandae cit.* (nota 2 supra), pp. 121-122. “”

¹⁶⁰ *La violenza sessuale cit.* (nota 2 supra), p. 10.

¹⁶¹ Cf. *De cultu fem.* 2.2,4-5: “*Quid autem alteri periculo sumus? Quid alteri concupiscentiam importamus? Quam si dominus ampliando legem a facto stupri non discernit in poena, nescio an impune habeat qui alicui fuerit causa perditionis. Perit enim ille simul ut tuam formam concupierit et admisit iam in animo quod concupiit, et facta es tu gladius illi ut etsi a culpa uaces ab inuidia non liberaberis. Vt, cum in alicuius agro latrocinium gestum est, crimen quidem dominum non constringit; dum rus tamen eius ignominia notatur, ipse quoque infamia aspergitur. Expingamus nos ut alteri pereant! Vbi est ergo: «Diliges proximum tuum sicut te ipsum»? «Nolite uestra curare sed alterius»? Nulla enuntiatio Spiritus Sancti ad praesentem tantum materiam et non ad omnem utilitatis occasionem dirigi et suscipi potest. Cum igitur et nostra et aliorum causa uersetur in studio periculosissimi decoris, iam non tantum confictae et elaboratae pulchritudinis suggestum recusandum a uobis sciatis, sed etiam naturalis speciositatis oblitterandum dissimulatione et incuria ut proinde oculorum incursibus molestum”.*

¹⁶² *La violenza sessuale cit.* (nota 2 supra), p. 11.

¹⁶³ Tert. *De cultu fem.* 2.2.

Seria difícil pensar em uma mulher forçada a praticar um ato sexual, pois, não é preciso forçar alguém a realizar aquilo que lhe agrada¹⁶⁴.

Não concordamos, porém, com a afirmação de G. RIZZELLI, no sentido de que a reflexão cristã recuperou a noção de *pudicitia* da cultura pagã, já que nesta cultura a pudicícia era um valor exigido principalmente das mulheres de classe social mais elevada, enquanto que na ética cristã a exigência de uma conduta casta se estendeu a todo o gênero feminino.

Além disso, enquanto na cultura pagã, como vimos, encontramos discursos esparsos, principalmente do período pré-clássico, na maioria das vezes não dirigidos exatamente à análise do estupro à luz do comportamento da vítima, na reflexão cristã primitiva encontramos um discurso consolidado e dirigido explicitamente ao controle dos desejos femininos, com sérias implicações no tocante à análise do estupro.

No cristianismo primitivo, a relação entre a mulher e o sexo foi um tema sempre presente nas obras dos escritores, os quais elegeram os escritos de Tertuliano como o principal ponto de referência. O trabalho deste autor, quanto ao tema, era marcado pela intransigência, “a qual fundou ideologicamente a misogenia neste âmbito, característica dos primeiros séculos cristãos, de forma que a mulher, para ser valorizada, devia consagrar-se à virgindade ou adquirir traços característicos próprios do homem”¹⁶⁵.

Ainda sobre esta questão, F. LUCREZI¹⁶⁶ recorda algumas passagens de Santo Agostinho e pseudo-Ambrósio, apresentadas a seguir.

No entendimento de Santo Agostinho¹⁶⁷, um homem apenas conseguiria violar a pureza do corpo de uma mulher com o consentimento da alma desta.

Por fim, cabe mencionar uma passagem do pseudo-Ambrósio, sobre a denúncia de estupro violento contra uma virgem consagrada. Ele defendeu a tese de que seria impossível, um só jovem, tê-la violentado na cidade. Desta forma, julgou-a mais imunda

¹⁶⁴ Tert. *De pud.* 22,13-14: “*Quae paenitentia miserabilior titillatam prosternens carnem an uero laniatam? Quae iustior uenia in omnibus causis, quam uoluntarius an quam inuitus peccator implorat? Nemo uolens negare compellitur, nemo nolens fornicator. [14] Nulla ad libidinem uis est, nisi ipsa; nescit quo libet cogi. Negationem porro quanta compellunt ingenia carnificis et genera poenarum? Quis magis negauit, qui Christum uexatus an qui delectatus amisit? Qui cum amitteret doluit, an qui cum amitteret lusit?*” (grifos nossos)

¹⁶⁵ G. PICONE-E. ROMANO-F. GASTI, *Lezione romane* cit (nota 157 supra), p. 57.

¹⁶⁶ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 10.

¹⁶⁷ Ago., *De Mend.* 20,41: “*Etiam corporalis ergo pudicitia corrumpi nisi in animo non potest: quo non consentiente, neque permittente, nullo modo recte dicitur violari pudicitia corporalis, quidquid in corpore fuerit aliena libidine perpetratum. Unde colligitur, multo magis animi castitatem seruandam esse in animo, in quo tutela est pudicitiae corporalis.*”

que a lama das praças, tendo sido, pois, passível de ser pisoteada até mesmo pelos pés mais indignos¹⁶⁸.

G. RIZZELLI¹⁶⁹ observa que os discursos sobre a mulher e o seu comportamento sexual, baseados na fragilidade psicológica e instabilidade da mulher, ingressaram nos tribunais através de diferentes meios persuasórios: máximas de experiência, provérbios e ditos de célebres personagens, lembrando que a atividade dos tribunais pode ocasionar debates legislativos.

Ademais, afirma este romanista, os provérbios, por sua vez, exerceram uma importante função social, já que demonstravam uma identidade cultural e a adesão aos seus valores e tradições. A eles era reconhecido, embora vagamente, um caráter científico e, portanto, podiam ser utilizados como fundamento de determinada tese¹⁷⁰.

Desta forma, teria sido propagada a idéia de que a vítima de um estupro muito provavelmente instigava a prática do mesmo, oferecendo um consenso implícito. Indagava-se até mesmo se a mulher não solicitaria a iniciativa do agressor. A indagação sobre a responsabilidade da vítima era uma constante¹⁷¹.

Com base em todas estas constatações, explica o romanista, é possível configurar a vontade da vítima do estupro. Tendo como ponto de partida a “natural” tendência feminina no sentido da busca pelo prazer erótico, é fácil presumir que a mulher outorga o próprio consenso à prática do ato sexual, caso não fique demonstrado que ela fez todo o possível para evitá-lo¹⁷².

Segundo G. RIZZELLI¹⁷³ este tema, sobre o eventual consenso da mulher vítima de violência sexual, retorna sistematicamente, através dos séculos, nos trabalhos dos técnicos do direito.

Após estas análises, cremos ser possível estabelecer algumas conclusões sobre as idéias apresentadas.

Diferentemente do que afirma G. RIZZELLI, não foi possível identificar, nas fontes supracitadas, indícios suficientes de que havia um discurso jurídico romano sobre a ausência de uma resistência feminina diante do *stuprum violentum*¹⁷⁴.

¹⁶⁸ Ps.-Ambr., *De lapsu virginis consecratae*, 2-4: “*viliior facta es luto platearum, ut etiam indignorum pedibus conculceris*”.

¹⁶⁹ *In has servandae* cit. (nota 2 supra), p. 122.

¹⁷⁰ G. RIZZELLI, *In has servandae* cit. (nota 2 supra), pp. 122-123.

¹⁷¹ G. RIZZELLI, *In has servandae* cit. (nota 2 supra), p. 127.

¹⁷² G. RIZZELLI, *In has servandae* cit. (nota 2 supra), pp. 131-132.

¹⁷³ *In has servandae* cit. (nota 2 supra), pp. 132-133.

¹⁷⁴ Talvez, o pensamento deste autor seja realmente comprovado em relação ao crime de rapto no direito penal romano, o qual, como já mencionamento anteriormente, não se confundia com o estupro violento e

As fontes apresentadas quanto à idéia da fraqueza feminina são, em sua maioria, pré-clássicas e, portanto, não podem representar a cultura romana durante toda a sua evolução.

As citadas fontes atribuídas a Ovídio e a Cícero pertencem a contextos estranhos à discussão jurídica sobre a violência carnal contra uma mulher. Aliás, Ovídio, com sua poesia voltada ao entretenimento da aristocracia, não se referia obviamente a um discurso jurídico. Embora penalistas dos séculos XIX e XX tenham utilizado a expressão “*vis grata puellis*”, certo é que nas fontes jurídicas romanas não há vestígios de tal idéia no tema de *stuprum violentum*.

Os papéis representados por Fedra e Medéia, por outro lado, são muito discutidos pelos estudiosos da literatura clássica, de maneira que não são capazes de apresentar um apoio seguro para as afirmações traçadas.

Concordamos com G. RIZZELLI, porém, no tocante à sua afirmação de que existem determinadas estruturas de pensamento sobre a sexualidade feminina que teriam influenciado a argumentação jurídica no tocante ao crime sexual violento. Tais estruturas, no entanto, foram elaboradas não propriamente pela cultura pagã romana, e sim no período pós-clássico de Roma, como advento do cristianismo (primitivo), como vimos com Tertuliano e Santo Agostinho.

É certo que os escritores deste período retomaram a cultura pagã, mas os novos influxos culturais trouxeram uma releitura das fontes clássicas para a comprovação da superioridade da moral cristã. Neste momento, os discursos sobre a sexualidade e o estupro

obedecia a uma dinâmica de consumação própria. Mencionamos, porém, uma interessante fonte jurídica sobre o rapto, mencionado por G. RIZZELLI, *In has servandae* cit. (nota 2 supra), p. 125, e que apresenta uma condenação por este crime com fundamento na escassa diligência da vítima. Este texto jurídico realmente parece comprovar o pensamento deste autor, o que não ocorre quando analisamos o tema do *stuprum per vim*. Cf. C.Th.9,24,1: “*Si quis nihil cum parentibus puellae ante depectus invitam eam rapuerit vel volentem abduxerit, patrociniū ex eius responsione sperans, quam propter vitium levitatis et sexus mobilitatem atque consilii a postulationibus et testimoniis omnibusque rebus iudiciariis antiqui penitus arcuerunt, nihil ei secundum ius vetus prosit puellae responsio, sed ipsa puella potius societate criminis obligetur. 1. Et quoniam parentum saepe custodiae nutricum fabulis et pravis suasionibus deluduntur, his primum, quarum detestabile ministerium fuisse arguitur redemptique discursus, poena immineat, ut eis meatus oris et faucium, qui nefaria hortamenta protulerit, liquentis plumbi ingestione claudatur. 2. Et si voluntatis assensio detegitur in virgine, eadem, qua raptor, severitate plectatur, quum neque his impunitas praestanda sit, quae rapiuntur invitae, quum et domi se usque ad coniunctionis diem servare potuerint et, si fores raptoris frangerentur audacia, vicinorum opem clamoribus quaerere seque omnibus tueri conatibus. sed his poenam leviores imponimus solamque eis parentum negari successionem praecipimus. 3. Raptor autem indubitate convictus si appellare voluerit, minime audiat. 4. Si quis vero servus raptus facinus dissimulatione praeteritum aut pactione transmissum detulerit in publicum, latinitate donetur, aut, si latinus sit, civis fiat romanus: parentibus, quorum maxime vindicta intererat, si patientiam praebuerint ac dolorem compresserint, deportatione plectendis. 5. Participes etiam et ministros raptoris citra discretionem sexus eadem poena praecipimus subiugari, et si quis inter haec ministeria servilis condicionis fuerit deprehensus, citra sexus discretionem eum concremari iubemus”.*

per vim passaram a se dirigir a todas as mulheres, independentemente do *status* que pertenciam¹⁷⁵.

Interessa destacar que nos sécs. XVIII e XIX, houve o abandono da concepção simples do estupro, advinda do direito romano (*stuprum* simplesmente, crime regulado pela *lex Iulia de adulteriis coercendis* e que consistia na prática de atos sexuais ilícitos, não violentos, diversos do *adulterium*). Neste momento, o termo *stuprum* passou a designar apenas a violência carnal (figura resídua no passado, o *stuprum per vim*), ou seja, o *stuprum* na sua forma qualificada pela violência efetiva e real. Os objetivos dos penalistas eram negar a “técnica dos mitos” e buscar adequação aos ideais iluministas, com os seus princípios individualistas e igualitários. Aliás, tratava-se também de uma resposta à crítica iluminista de que era injusto considerar a sociedade mais como uma união de famílias do que uma união de pessoas¹⁷⁶.

Esta despenalização do estupro simples demonstrou, além da tentativa de separação entre a moral e o direito, que a ciência penal deste período não se interessava por comportamentos não causadores de uma precisa lesão ao direito. Foi evidenciada, ademais, a “*despeccatizzazione*” do direito penal. O silêncio da lei surgia como o reconhecimento da liberdade de escolha dos indivíduos e como a impossibilidade de um completo controle da vida privada por meios de instrumentos jurídicos¹⁷⁷.

Para obter este intento, os juristas salientavam a igualdade do consenso feminino, pois a mulher teria capacidade para resistir, para manifestar um consentimento livre e pleno, para escolher e para ser responsável¹⁷⁸.

Aliás, a proclamação de um direito igual a todos traduziu-se num relevante aspecto do movimento condificador e de constitucionalização do direito. Todavia, apesar da

¹⁷⁵ Nos autores cristãos percebemos uma idéia mais articulada sobre o comportamento da vítima diante da violência sexual, como vimos nas obras de Tertuliano, ps-Ambrósio e Santo Agostinho. Como ensinam G. PICONE-E. ROMANO-F. GASTI, *Lezione romane* cit. (nota 157 supra), p. 18: “quando gli intellettuali cristiani sottolineano la propria superiorità culturale rispetto ai pagani, quando commentano le Sacre Scritture, quando argomentano una tesi di carattere teologico e dogmatico spesso utilizzano materiali (contenuti e metodologie) comuni alle due culture ed ereditati dalla tradizione letteraria degli ‘auctores’”. Observa-se, ademais, um uso instrumental da cultura clássica, segundo tais autores (p. 108): “la cultura classica rappresenta in effetti un problema nei secoli cristiani, anche quando l’opera di conversione dei generi letterari classici a esprimere contenuti cristiani rappresenta ormai un’abitudine consolidata. Girolamo, quando la finalità dello scritto glielo permette, torna sull’argomento in linea teorica andando nella direzione che sarà seguita anche da Agostino, sostenendo cioè il valore non assoluto, ma strumentale di quel sapere, che il cristiano deve conoscere e superare, servendosi dei contenuti utili secondo le finalità proprie del cristiano”.

¹⁷⁶ G. CAZZETTA, ‘Colpevole col consentire’. *Dallo stupro alla violenza sessuale nella penalistica dell’ottocento*, in *Rivista Italiana e Diritto e Procedura Penale*, v. 40, fasc. 2, apr./giu., Milano, 1997, p. 424. Sobre esta crítica, vide C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Torino, Einaudi, 1965, p. 56.

¹⁷⁷ G. CAZZETTA, ‘Colpevole col consentire’ cit. (nota 176 supra), p. 424.

¹⁷⁸ G. CAZZETTA, ‘Colpevole col consentire’ cit. (nota 176 supra), p. 425.

evolução, nesta passagem do *stuprum* para a violência carnal, havia ainda sérios problemas a serem resolvidos. Este direito burguês sofria as seguintes críticas, hoje consolidadas: abstração e formalismo, criação de um sujeito abstrato, múltiplos contrastes entre os seus ideais e as suas atuações, universalidade do direito e discriminações, entre forma e substância etc¹⁷⁹.

No tocante aos crimes sexuais, observou-se que os ideais proclamados e as suas tutelas não eram efetivados, pois persistiam alguns preconceitos na representação feminina projetada no direito. A liberdade e a igualdade conflitavam com a invocação de uma “natural” desigualdade feminina. Como resultado, o trabalho doutrinário não era capaz de apresentar uma imagem unitária da mulher, a qual não possuía plena capacidade civil e política e não era um autêntico sujeito de direito. Enfim, apresentava-se uma grave contradição entre o discurso jurídico e a realidade social que se pretendia regular¹⁸⁰.

Esta distância entre o discurso jurídico, baseado no estereótipo da honestidade feminina, e a realidade social ainda está presente no direito brasileiro.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi estabelecida, de forma definitiva, a igualdade entre homens e mulheres (inc. I, art. 5º), bem como a igualdade de todos perante a lei (art. 5º, *caput*). A partir de então, os crimes sexuais deixaram de ser vistos como agressões individuais e passaram a ser compreendidos como violência de gênero¹⁸¹.

Além desta modificação constitucional, a sociedade brasileira também tem demonstrado ser contrária à violência sexual seja por medidas legislativas infraconstitucionais – através, v.g., da Lei dos Crimes Hediondos, Lei no. 8072/90 e da Lei Maria da Penha Lei n. 11.340/06 – ou pela própria aversão social, representada pelo

¹⁷⁹ G. CAZZETTA, ‘*Colpevole col consentire*’ (nota 176 supra), cit., p. 426.

¹⁸⁰ G. CAZZETTA, ‘*Colpevole col consentire*’ cit. (nota 176 supra), p. 427.

¹⁸¹ L. N. ELUF, *Crimes contra o costume e assédio sexual – Doutrina e jurisprudência*, São Paulo, Jurídica Brasileira, 1999, p. 14. A expressão “gênero”, aqui empregada, deve ser entendida como um conjunto de papéis obrigatórios conferidos à mulher para que esta, não se afastando destes papéis, receba o respeito devido pela sociedade. Em outros termos, à mulher caberia apenas o respeito e o reconhecimento não pelo fato de ser sujeito de direito, mas por enquadrar-se no modelo de comportamento que o meio social costumeiramente lhe atribui. S. PIMENTEL – A. L. P. SCHRITZMEYER – V. PANDJIARJIAN, *Estupro: Crime ou “cortesia”?* – *Abordagem sociojurídica de gênero*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1998, pp. 23-24. H. SAFFIOTTI e S. ALMEIDA, *Violência de gênero – poder e impotência*, Rio de Janeiro, Revinter, 1995, p. 8 e 23, entendem que o gênero corporifica a sexualidade, sendo esta exercida como uma forma de poder. Assim, os homens e as mulheres seriam classificados em gêneros e divididos em categorias: dominantes e dominados. Além disso, as mesmas autoras salientam que a violência sexual contra a mulher, entendida como violência de gênero, é um fenômeno que atinge todas as classes sociais e tipos de cultura, ocorrendo em espaços públicos e privados e por parte de estranhos, parentes ou conhecidos.

tratamento ofertado aos agentes destes crimes – estes são seviciados, violentados e assassinados nas penitenciárias ou, inclusive, linchados pela própria comunidade¹⁸².

Estas manifestações de repúdio poderiam ser capazes de levar à conclusão de que o tema em questão não é tratado de forma divergente tanto pela sociedade quanto pelo Estado – nas suas instituições legislativa, executiva e judiciária. Contudo, estudos mais aprofundados têm demonstrado um conjunto de contradições e ambigüidades quanto ao tema¹⁸³.

Este fenômeno apenas é verificado quando se leva em conta o contexto social brasileiro, repleto de discriminações e estereótipos, especialmente daqueles referentes ao gênero. Todos estes preconceitos, por sua vez, também são incorporados pelo Estado, através de suas autoridades¹⁸⁴.

Neste sentido, sérias pesquisas têm demonstrado que os discursos desrespeitosos à vítima também são produzidos no interior dos processos¹⁸⁵.

Talvez a questão da reprodução dos estereótipos sexuais no sistema de justiça seja a consequência da burocratização do Judiciário. Neste sentido, S. PIMENTEL, A. L. P. SCHRITZMEYER e V. PANDJIAN¹⁸⁶ afirmam não haver dúvida de que a orientação das decisões judiciais, conforme os clichês e lugares comuns, é mais cômoda e segura do que ousar criativamente através de percepções agudas da realidade, já que o sistema burocrático a que servem os julgadores exigem mais a solução formal dos litígios do que a busca do exaustivo conhecimento, que leve à prudência, equidade e justiça.

V. R. P. ANDRADE¹⁸⁷, por sua vez, compreende o sistema penal como um meio não eficaz para a proteção das mulheres contra a violência sexual, sendo eficaz apenas em casos contingentes e excepcionais. Ademais, a autora advoga a tese de que o citado sistema de justiça duplica a violência sexual e reproduz a violência estrutural das relações sociais capitalistas e patriarcais.

Nas últimas décadas, as questões sobre o sistema de justiça diante dos crimes sexuais têm tomado a atenção de vários pesquisadores preocupados com a influência dos estereótipos na atividade jurisdicional. Neste sentido, é importante destacar dois estudos fundamentais para a compreensão do tema.

¹⁸² S. PIMENTEL – A. L. P. SCHRITZMEYER – V. PANDJIARJIAN, *Estupro* cit. (nota 181 supra), p. 23.

¹⁸³ S. PIMENTEL – A. L. P. SCHRITZMEYER – V. PANDJIARJIAN, *Estupro* cit. (nota 181 supra), p. 23.

¹⁸⁴ S. PIMENTEL – A. L. P. SCHRITZMEYER – V. PANDJIARJIAN, *Estupro* cit. (nota 181 supra), pp. 23 e 27.

¹⁸⁵ S. PIMENTEL – A. L. P. SCHRITZMEYER – V. PANDJIARJIAN, *Estupro* cit. (nota 181 supra), p. 27.

¹⁸⁶ S. PIMENTEL – A. L. P. SCHRITZMEYER – V. PANDJIARJIAN, *Estupro* cit. (nota 181 supra), p. 32.

¹⁸⁷ *Violência Sexual e Sistema Penal – Proteção ou Duplicação da Vitimação feminina?* In D. D. DORA (org.), *Feminino Masculino: Igualdade e Diferença na Justiça*, Porto Alegre, Themis, 1997, p. 108.

O primeiro trabalho, realizado pelas pesquisadoras D. ARDAILLON e G. G. DEBERT¹⁸⁸, é baseado na análise da lógica que preside os julgamentos e a atribuição da sentença em casos de estupro, espancamento e assassinatos de mulheres. Este trabalho busca mostrar como se opera a tradução de um fato real em um fato legal, demonstrando como os valores, os costumes e os símbolos da nossa sociedade interferem no discurso da Justiça.

O resultado deste projeto demonstrou que a condenação no crime de estupro não protege a mulher da discriminação, nem garante seus direitos de cidadã. Em oposição, ela aprisiona as mulheres num estereótipo baseado no recato e no pudor. O que ocorre é a adequação do homem e da mulher a uma moral sexual estereotipada, que permite decidir se o crime ocorreu de fato¹⁸⁹.

As autoras concluem que, embora a lei puna o estuprador, ela é ineficaz quanto ao reconhecimento, à mulher, do direito de livre disposição do seu corpo e de livre exercício da sua sexualidade¹⁹⁰.

O segundo trabalho, de iniciativa de S. PIMENTEL, A. L. P. SCHRITZMEYER e V. PANDJIARJIAN¹⁹¹, baseou-se na investigação sobre o discurso dos operadores do direito, partindo do estudo e da análise de processos judiciais e acórdãos de estupro em cinco regiões do Brasil: Belém (PA), no Norte; Recife (PE), no Nordeste; Cuiabá (MT), no Centro-oeste; São Paulo (SP), no Sudeste; e Florianópolis (SC), no Sul.

Partindo do pressuposto de que todos os seres humanos, homens e mulheres, possuem a mesma dignidade fundamental e de que toda discriminação constitui violação aos direitos humanos, as autoras buscaram estudar os discursos dos operadores do direito,

¹⁸⁸ *Quando a Vítima é Mulher – Análise de Julgamentos de Crimes de Estupro, Espancamento e Homicídio*, Brasília, Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, 1987, pp. 5 e 8. Esta pesquisa, realizada no período de 1981 a 1986, em seis capitais brasileiras – São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Goiânia, Recife e Maceió – chama a atenção para o fato de que, no discurso legal, vítima e réu são transformados em personagens de um drama teatral. E o enfoque desta trama, curiosamente, recai nas características e atribuições da vida sexual, profissional e social das personagens e não no crime em si.

¹⁸⁹ *Quando a Vítima é Mulher* cit. (nota 188 supra), p. 34. As estratégias da defesa e da acusação tomam, como fundamento, estereótipos distintos, mas sempre perante a mesma moral sexual. Neste meio, a defesa procura provar que o seu cliente não tem perfil de estuprador e que apenas foi vítima de uma mulher vingadora e lasciva. Por outro lado, a acusação tenta ressaltar o pudor e a ingenuidade da vítima. Cf. *Quando a Vítima é Mulher* cit., p. 29-34.

¹⁹⁰ *Quando a Vítima é Mulher* cit. (nota supra), p. 35.

¹⁹¹ *Estupro* cit. (nota 181 supra), p. 60. Neste estudo, com fundamento em uma perspectiva sociojurídica de gênero, foram pesquisados processos judiciais arquivados e acórdãos publicados no período de janeiro de 1985 a dezembro de 1994. Este espaço de tempo foi escolhido por se tratar de um período posterior à Década da Mulher, estabelecida pela Organização das Nações Unidas, e no qual ocorreu significativas alterações legislativas, quais sejam o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei no. 8069/90) e a Lei dos Crimes Hediondos (Lei no. 8072/90).

com o fito de verificar os condicionamentos sociais a que cada um deles está sujeito, bem como o grau de sensibilidade e compromisso destes com a justiça¹⁹².

Através desta pesquisa, S. PIMENTEL, A. L. P. SCHRITZMEYER e V. PANDJIARJIAN¹⁹³ chegaram a algumas surpreendentes conclusões, pouco compatíveis com o nosso arcabouço constitucional, dentre as quais cabe mencionar as seguintes:

1. Embora o Brasil tenha vivido um processo de (re)democratização, a atuação do seu Poder Judiciário ainda é acrítica, reproduzindo preconceitos e estereótipos, inclusive de gênero. Tal fato tem impedido a efetivação do princípio da isonomia.

2. Os estupradores condenados pertencem às camadas menos favorecidas da sociedade. Isto ocorre não porque estas pessoas tenham natural tendência para delinquir, mas porque elas têm maiores chances de serem etiquetados no estereótipo de delinquente.

3. Não existe apenas um tipo de estuprador. Ademais, o tipo mais comum de agressor sexual é o indivíduo com uma vida tida, socialmente, como normal.

4. A morosidade da Justiça brasileira é inquestionável.

5. Estereótipos, preconceitos e discriminações interferem de forma negativa na resposta jurisdicional. Na medida em que os juízes, promotores e advogados atuam, nos seus trabalhos, segundo uma visão discriminatória, ocorre a “inversão dos atores” no processo, ou seja, as vítimas transformam-se em réus e vice-versa.

6. As vidas pregressas dos réus e das vítimas são julgadas durante o processo, embora não haja disposição legal neste sentido. Aliás, o próprio Código Penal e a doutrina reiteram que, no crime de estupro, o que se protege é a liberdade sexual da mulher, independentemente de qualquer análise pertinente a sua moralidade. Neste ponto, observou-se que a magistratura tem se comportado de forma omissiva, desrespeitando a dignidade da mulher.

7. Embora os operadores do Direito demonstrem, com uma certa frequência, um discurso discriminatório, preconceituoso e estereotipado, a pesquisa também verificou que alguns membros da Magistratura e do Ministério Público têm desenvolvido suas atividades profissionais com sensibilidade nas questões de gênero, sendo altamente respeitosos com as mulheres vitimadas.

8. Os operadores do Direito, que atuam de forma preconceituosa, perpetram verdadeira violência de gênero. Eles acabam transformando o princípio clássico da

¹⁹² *Estupro* cit. (nota 181 supra), pp. 28-29.

¹⁹³ *Estupro* cit. (nota 181 supra), pp. 199-207.

doutrina jurídico-penal – *in dubio pro reo* – em uma normativa social: *in dubio pro stereotipo*¹⁹⁴.

Do exposto, concluímos que:

a) a cultura pagã romana, apesar de ter construído o estereótipo da mulher honesta (e reprimido o comportamento sexual desta), dirigido principalmente às mulheres de *status* de *materfamilias*, não apresenta, nas fontes analisadas, uma idéia precisa sobre o comportamento da vítima de *stuprum violentum*, no sentido de solicitar, com a sua escassa resistência, a agressão sexual;

b) todavia, na época pós-clássica este entendimento passou a estar presente na obra de importantes autores cristãos, como Tertuliano, ps-Ambrósio e Santo Agostino;

c) “*strutture di pensiero*”, formatadas durante todo esse processo evolutivo, foram reproduzidos posteriormente, inclusive por renomados penalistas dos sécs. XIX e XX. A principal influência destes estereótipos, porém, foram encontrados na doutrina e especialmente na argumentação jurídica utilizada nos tribunais, durante os debates envolvendo o crime de estupro;

d) a mudança desta condição parece ser a conscientização, por parte dos profissionais do direito, sobre as discriminações de gênero. E esta mudança é imprescindível, pois a democracia efetiva baseia-se no respeito recíproco integral da dignidade humana em todas as suas esferas. Faz-se necessário, pois, enfrentar as questões discriminatórias de todo o tipo, inclusive as de gênero. A reflexão histórica, neste sentido, pode ser de grande relevo.

¹⁹⁴ Citamos a passagem de um processo, realizado em 1974, e indicado no estudo de S. PIMENTEL – A. L. P. SCHRITZMEYER – V. PANDJIARJIAN, *Estupro* cit. (nota 181 supra), p. 19, muito interessante: “Será justo, então, o réu Fernando Cortez, primário, trabalhador, sofrer pena enorme e ter a vida estragada por causa de um fato sem conseqüências, oriundo de uma falsa virgem? Afinal de contas, esta vítima, amorosa com outros rapazes, vai continuar a sê-lo. Com Cortez, assediou-o até se entregar (fls.) e o que, em retribuição lhe fez Cortez, uma cortesia...”. Cf. TJRJ, 10/12/1974, RT 481/403. Em termos históricos, esta argumentação jurídica é muito recente e constata uma triste realidade do sistema de justiça brasileiro, embora atualmente exista uma maior conscientização sobre tais questões.

III. Do *stuprum per vim*

1. Questões terminológicas

O termo *stuprum*¹⁹⁵ designava, na sua origem, *turpitude* e compreendia uma série de condutas sexuais não bem individualizadas e que geravam infâmia e vergonha como, v.g., os atos sexuais violentos, homossexuais, sacrílegos e incestuosos. A consciência social atribuía a tais condutas um sentido negativo, na medida em que contrariavam as regras de convivência social¹⁹⁶.

Segundo M. MOLE¹⁹⁷, a amplitude do significado filológico de *stuprum*, correspondendo à noção de *impudicitia*, gerou uma oscilação de significados daquele termo em numerosas fontes literárias, do final da República e do Principado, de forma que por *stuprum* também era designada a idéia de *adulterium* e vice-versa.

Em termos jurídicos, por outro lado, o *stuprum* podia ser definido como qualquer ato erótico ilícito, como o *stuprum in virgine*¹⁹⁸. A extensão deste conceito era realmente grande, podendo englobar inclusive, os matrimônios ilícitos¹⁹⁹.

Ele também pode ser analisado, consoante a definição de A. BERGER²⁰⁰, como a prática de relações sexuais com mulher solteira ou viúva, de honrosas condições sociais.

M. HARRIS²⁰¹, analisando especificamente o tema *stuprum violentum* na antigüidade, afirma que, embora a literatura clássica romana apresente várias histórias de

¹⁹⁵ O significado de *stuprum*, segundo C. T. LEWIS- C. SHORT, *A latin dictionary founded on Andrews' edition of Freund's latin dictionary – revised, enlarged, and in great part rewritten*, Oxford, Clarendon, 1951, p. 1770: “(...) *In partic. dishonor, disgrace by unchastity of any sort, debauchery, lewdness, violation, always implying the infliction of dishonor on the subject, whether male or female, not used of dealings with prostitutes, etc.*”.

¹⁹⁶ G. RIZZELLI, ‘*Stuprum*’ e ‘*adulterium*’ nella cultura augustea e la ‘*lex Iulia de adulteriis*’ (Pap. I’adult. D.48,5,6,1 e Mod. 9 ‘diff.’ D.50,16,101 pr., in BIDR 90 (1987), pp. 360-361.

¹⁹⁷ ‘*Stuprum*’, in NNDI (18) 1971, p. 583. Esta oscilação é presente em Mod. 9 diff., D.50,16,101 pr.: “*Inter “stuprum” et “adulterium” hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, stuprum in viduam committitur. Sed lex Iulia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur.*”.

¹⁹⁸ G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di ‘adulterium’, ‘lenocinium’, ‘stuprum’*, Lecce, Edizioni del Grifo, 1997, p. 178.

¹⁹⁹ Esta é a observação de L. DESANTI, *Interpellare de stupro e iniuria in corpus: P.S. 5,4,4*, in AUFÉ (4) 1990, p. 131, nt. 6, o qual menciona algumas fontes neste sentido: Marcian. 10 inst., D.48,5,7, C.5,4,4 (a. 228), C.9,9,18 (a. 258). Este autor afirma que (p. 131, nt. 6): “*Siamo poi dell’idea che il termine ‘stuprum’ possa riferirsi anche alle nozze estorte (...)*”. Aliás, embora existisse uma diferença entre o *stuprum* e o *adulterium*, em razão da proximidade do conteúdo destes crimes, a *lex Iulia de adulteriis* utilizava os dois termos indistintamente. Cf. Mod. 9 diff. D. 50, 16, 101 pr..

²⁰⁰ *Encyclopedic dictionary of roman law*, New Jersey, The Law Book Exchange, 2002, p. 719.

²⁰¹ *Recensão a Susan Deacy e Karen Pierce (org.), Rape in antiquity: sexual violence in the greek and roman worlds*, in *Échos du Monde Classique/Classical Views* 16 (1997), p. 483. Este é o mesmo posicionamento de G. DOBLHOFFER, *Vergewaltigung in der Antike* cit (nota 3 supra), pp. 5-6, ao afirmar que, na antigüidade, não havia um termo equivalente à noção moderna de estupro. Em seguida o autor afirma que: “(...) *die*

estupro, consumado ou tentado, não havia uma singular palavra, no latim, com o mesmo campo semântico do que hoje expressamos como os termos “estupro”, “rape”, “viol”, “violenza sessuale”, “Vergewaltigung” etc.

Os romanos, acrescenta este autor, utilizavam palavras como “*stuprum*” e “*vis*” para fazer referência à violência carnal, mas cada uma destas palavras latinas possuíam um campo semântico maior²⁰².

O indicativo de que um *stuprum* era violento surgia, pois, em algumas fontes literárias²⁰³, através do acréscimo de expressões, como “*per vim*”²⁰⁴, ou derivações do verbo “*violare*”²⁰⁵. Todavia, o termo “*stuprum*”, por si só, segundo D. MOSES²⁰⁶, poderia referir-se também ao crime violento, desde que se analisassem as circunstâncias.

Outras expressões, na opinião de G. DOBLHOFFER²⁰⁷, expressam a noção de estupro violento: *flagitium*, *rapere*, *rapina*, *stuprare*, *stuprum inferre*, *vim (in)ferre*, *violare*, *vitiare* e *vitium*²⁰⁸. Ademais, explica o autor, embora algumas destas expressões apareçam com maior frequência do que outras, não há uma que seja preponderante.

etymologisch gesehen fast ausschließlich das Element der Gewalt verkörpern, existierten in den antiken Sprachen jeweils eine Vielzahl von Ausdrücken mehr oder weniger gleichberechtigt nebeneinander”.

²⁰² E. M. HARRIS, *Recensão a Susan Deacy e Karen Pierce* cit. (nota 201 supra), p. 483.

²⁰³ A literatura apresenta vários relatos de violência sexual. Apresentamos apenas alguns exemplos mencionados por G. RIZZELLI, ‘*Stuprum*’ e ‘*adulterium*’ cit. (nota 196 supra), p. 361: Cíc., *De Leg.* 2,10; *In Verr.* 1,5,14; Lív., *Ab urb.* 1,59,8; 4,50,6; 26,13,15; 39,8,8; 39,10,7; Sal., *Hist.* 3,98; Val. Máx., *Fact.* 6,1,1; 6,1,2; Sên., *Contr.* 1,5,1; 2,3,4; Tác., *Ann.* 14,31 etc.

²⁰⁴ Lív., *Ab Urb.* 1,57,10: “*Ibi Sex. Tarquinium mala libido Lucretiae per vim stuprandae capit; cum forma tum spectata castitas incitat*”; Cíc., *De Leg.* 2,10: “*Tarquinio nulla erat Romae scripta lex de stupris, idcirco non contra illam legem sempiternam Sex. Tarquinius vim Lucretiae Tricipitini filiae attulit (...)*”; Cíc., *De Fin.* 2,66: “*stuprata per vim Lucretia a regis filio testata civis se ipsa interemit (...)*”; Val. Máx., *Fact.* 6,1,1: “*Dux Romanae pudicitiae Lucretia, cuius uirilis animus maligno errore fortunae muliebri corpus sortitus est, a <Sex> Tarquinio regis Superbi filio per vim stuprum pati coacta(...)*” e Tác., *Hist.* 2,56: “*Ceterum Italia gravius atque atrocius quam bello adflictabatur. dispersi per municipia et colonias Vitelliani spoliare, rapere, vi et stupris polluere (...)*”.

²⁰⁵ Tác., *Ann.* 14,31: “*Rex Icenorum Prasutagus, longa opulencia clarus, Caesarem heredem duasque filias scripserat, tali obsequio ratus regnumque et domum suam procul iniuria fore. quod contra vertit, adeo ut regnum per centuriones, domus per servos velut capta vastarentur. iam primum uxor eius Boudicca verberibus adfecta et filiae stupro violatae sunt (...)*”; Cíc., *In Ver.* 2,4,102: “*Ac minime mirum, quae sacra per summam castimoniam virorum ac mulierum fiant, eadem per istius stuprum ac flagitium esse violata (...)*”; Lív., *Ab Urb.* 39,18,4: “*qui tantum initiati erant et ex carmine sacro, praeunte uerba sacerdote, preces fecerant, [in] quibus nefanda coniuratio in omne facinus ac libidinem continebatur, nec earum rerum ullam, in quas iureiurando obligati erant, in se aut alios admiserant, eos in uinculis relinquebant: qui stupris aut caedibus uiolati erant, qui falsis testimoniis, signis adulterinis, subiectione testamentorum, fraudibus aliis contaminati, eos capitali poena adficiabant (...)*”.

²⁰⁶ Livy’s *Lucretia* cit. (nota supra), pp. 48-49. Embora a autora não apresente uma fonte ao tecer esta afirmação, podemos lembrar do abominável *stuprum* mencionado por Cíc., *Pro Cael.* 71: “*Nempe quod eiusdem mulieris dolorem et iniuriam Vettiano nefario stupro sunt persecuti (...)*”.

²⁰⁷ *Vergewaltigung in der Antike* cit., p. 6.

²⁰⁸ *Vitium e stuprum per vim*, na obra de E. GEORGES CHARLES, *English-latin lexicon, founded on the german-latin dictionary*, London, Longman, 1847, p. 219, correspondem à idéia de defloração.

Tais termos, todavia, podiam se referir aos atos violentos ou de corrupção de costumes, pois, como afirma J. N. ADAMS²⁰⁹, as descrições dos atos sexuais violentos muitas vezes eram realizadas através de eufemismos, de forma a dificultar a identificação correta do ato.

Além disso, o uso dos mencionados termos variava de escritor para escritor, seja pela vontade pessoal seja pela necessidade²¹⁰.

G. RIZZELLI²¹¹ menciona que o *stuprum* violento era indicado, nas fontes, ou simplesmente como “*stuprum*” ou como “*per vim oblatum stuprum*”²¹², em oposição ao “*voluntarium stuprum*”²¹³.

Em alguns textos jurídicos sobre a violência sexual, especificamente naqueles encontrados nas Institutas de Justiniano, no Digesto, nas Sentenças de Paulo e na *Collatio*, encontramos as seguintes expressões: “*per vim stupraverit*”²¹⁴, “*per vim stuprum*”²¹⁵, “*puella violata*”²¹⁶, “*per vim stupro*”²¹⁷, “*vim patitur*”²¹⁸, “*vim passam*”²¹⁹, “*invitum stupraverit*”²²⁰, “*illatione stupri*”²²¹ e “*stuprum infertur*”²²².

²⁰⁹ *The latin sexual vocabulary*, Baltimore, Johns Hopkins University, 1990, p. 198. É muito interessante destacar a opinião deste autor sobre o uso de eufemismo e metonímia linguagem latina referente ao sexo (p. 170): “*The majority of euphemisms for sexual acts refer to an event or activity which is concomitant or associated in some way with the sexual penetration (...). Metonymies, like metaphors display a wide range of tones and implications. They often reflect the attitude of the speaker to a particular sexual act. A person who disapproves of an act may call it a ‘disgrace, violation, injury’, etc, depending on the circumstances. One who seeks approval for this activities may employ a different type of ‘persuasive’ designation, such as ‘fun, pleasure’ or the like. A persuasive designation implies a judgement on the part of the user, and an attempt to impose that judgement on the listener*”.

²¹⁰ J. N. ADAMS, *The latin sexual vocabulary* cit. (nota 209 supra), p. 199. Apresentamos aqui alguns termos, mencionados por este autor, expressando os significados de violência sexual, corrupção e defloramento: *vitium, violo, corrumpo, facio, affero vim, facio iniuriam, inquino, poluo e temero*.

²¹¹ *Lex Iulia de adulteriis* cit. (nota 198 supra), p. 249, nt. 295.

²¹² Cíc., *De Fin.* 5,64: “*Talibus exemplis non fictae solum fabulae, verum etiam historiae refertae sunt, et quidem maxime nostrae. Nos enim ad sacra Idaea accipienda optimum virum delegimus, nos tutores misimus regibus, nostri imperatores pro salute patriae sua capita voverunt, nostri consules regem inimicissimum moenibus iam adpropinquantem monuerunt, a veneno ut caveret, nostra in re publica [Lucretia] et quae per vim oblatum stuprum voluntaria morte lueret inventa est et qui interficeret filiam, ne stupraretur. Quae quidem omnia et innumerabilia praeterea quis est quin intellegat et eos qui fecerint dignitatis splendore ductos inmemores fuisse utilitatum suarum nosque, cum ea laudemus, nulla alla re nisi honestate duci?*” (grifos nossos).

²¹³ Lív., *Ab Urb.* 38,24,4: “*Is primo animum temptavit; quem cum abhorrentem a uoluntario uideret stupro, corpori, quod serum fortuna erat, vim fecit. Deinde ad leniendam indignitatem iniuriae spem reditus ad suos mulieri facit, et ne eam quidem, ut amans, gratuitam*”. (grifos nossos)

²¹⁴ Cf. Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,3,4.

²¹⁵ Cf. Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29),9.

²¹⁶ Cf. C.9,9,7.

²¹⁷ Cf. C.9,9,20.

²¹⁸ Cf. Ulp. 2 *de adult.*, D.48,5,14(13),7.

²¹⁹ Cf. Pap. 15 *resp.*, D.48,5,40(39) pr..

²²⁰ Cf. P.S.2,26,12 (=Coll.5,2,1).

²²¹ Cf. P.S.5,4,1.

²²² Cf. P.S.5,4,4.

Observamos, assim, que não existia um vocábulo específico que significasse estupro, consoante a seu significado moderno (conjunção carnal violenta).

Isto ocorria tanto nas obras literárias, como nos textos jurídicos romanos.

Nas obras jurídicas, os usos dos termos “*stuprum*” e “*vim*” são comuns para expressar tal idéia, embora, como vimos, não sejam as únicas formas utilizadas.

Ressalte-se, por fim, que nos textos jurídicos não observamos o uso isolado de “*stuprum*”, sem qualquer outro termo que indicasse violência ou coação, para indicar a violência carnal propriamente dita.

2. Conceito

Antes de iniciarmos este estudo, de finalidade exclusivamente didática, sobre o conceito do *stuprum per vim* no direito penal romano, é preciso mencionar um fenômeno que ocorreu durante toda a evolução deste direito criminal, como ressalta C. GIOFFREDI²²³.

O conteúdo de um crime, desde o período arcaico até o direito justiniano, podia sofrer relevantes alterações. Assim, por exemplo, seria possível que, na sociedade primitiva, um determinado ilícito religioso viesse reprimido penalmente e, num momento histórico posterior, ele recebesse uma pena mais leve ou simplesmente não fosse punido. E, sucessivamente, ele voltasse a receber uma repressão, agora mais intensa, por lesionar gravemente a comunidade²²⁴.

As transformações sociais e políticas são, pois, muito relevantes neste tema²²⁵.

Interessa-nos o fato de que, durante o Principado, o *crimen vis* teve seu conteúdo ampliado. Todavia, a reconstrução do conteúdo do mesmo é controversa, afirma B. SANTALUCIA²²⁶, em razão das profundas alterações que os textos clássicos sofreram durante a elaboração do *Corpus Iuris Civilis*.

Ademais, explicita este autor, notáveis dúvidas existem sobre a introdução, nesta categoria de *crimen vis*, do estupro não consentido²²⁷. Esta questão, entretanto, veremos durante a exegese dos principais fragmentos referentes ao objeto do presente estudo.

Em razão dos argumentos supracitados, decidimos, no que tange exclusivamente à tentativa de reconstrução de um conceito e dos elementos constitutivos do *crimen stuprum*

²²³ *I principi del diritto penale romano* cit. (nota 223 supra), 1970, pp. 9-10.

²²⁴ C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano* cit. (nota 223 supra), p. 9. Um exemplo deste fato é o *crimen maiestatis*. Originalmente, tratava-se de um crime contra o Estado romano e a sua segurança. No Principado, este ilícito transformou-se gradualmente em um crime contra o imperador. Além disso, novas *fattispecie* foram introduzidas neste momento, como a ofensa ao nome e à pessoa do imperador e a não reverência à divindade imperial. Cf. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo* cit. (nota 224 supra), pp. 256-257.

²²⁵ Como afirma F. GNOLI, *Diritto penale* cit. (nota 225 supra), p. 47: “*È stato infatti osservato, relativamente al diritto penale pubblico, che, essendo il potere punitivo una manifestazione del potere politico di guida e di governo, gli organi della repressione e le forme di essa furono a Roma nettamente influenzati dalla organizzazione politica della collettività*”. Este mesmo autor (pp. 46-47) explica que não havia uma autonomia conceitual e científica da matéria criminal entre os romanos. Isto teria ocorrido, pois, no âmbito criminal, os juristas romanos não exerciam as suas consultas interpretativas, que permitiram a elaboração científica existente no direito privado, já que cabia às autoridades do Estado emanarem diretamente as normas públicas. Apenas no final do Principado, alguns juristas foram chamados a participar dos órgãos jurisdicionais penais e a aconselhar as autoridades do governo. As elaborações sobre os ilícitos públicos e as penas que chegaram até nós são o resultado deste período. M. C. GIORDANI, *Direito penal romano* cit. (nota 225 supra), p. 2, acentua que a atividade doutrinária dos juristas romanos, na área criminal, era cerceada pela intervenção autoritária do Estado.

²²⁶ *Diritto e processo penale* cit. (nota 224 supra), p. 260.

²²⁷ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 224 supra), pp. 260-261.

per vim, nos restringir à análise do direito justinianeu, visto que as principais e escassas fontes sobre o tema encontram-se justamente na compilação de Justiniano²²⁸.

Diante do reduzido número de fontes sobre o tema, no direito romano, tornar-se-ia improdutiva e ilusória a tentativa de se construir diferentes conceitos segundo o período analisado.

À figura do estupro violento não foi reconhecida uma autonomia conceitual e repressiva no direito romano e nem mesmo no direito romano-bizantino, pelo menos até o advento da Écloga 17,30²²⁹.

Logo, nas fontes literárias e jurídicas não encontramos uma definição deste crime. Assim como não existia um termo específico que designasse a violência sexual, o conceito deste ilícito também não foi elaborado. É o que se conclui diante da ausência de fontes sobre esta questão.

Todavia, apesar das mencionadas dificuldades, podemos reconstruir elementos básicos de um suposto conceito jurídico, não elaborado pela doutrina romanística, para este *crimen* através de duas importantes fontes: Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,3,4²³⁰ e Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29),9²³¹.

Marciano e Ulpiano afirmam, nestas passagens, que era aplicada a lei Júlia de violência pública àquele que tivesse estuprado com violência (*per vim stuprum*) um jovem ou uma mulher (*puer vel femina*).

Partindo destas informações, observamos que o conceito de violência sexual compreendia, de determinado aspecto, o conceito de *stuprum*. O meio como este *stuprum* realizava-se era através da violência.

Desta forma, o *stuprum per vim* era um *stuprum*, praticado com violência, contra homem e mulher.

²²⁸ Cf. Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,3,4; Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29),9; C.9,9,7; C.9,9,20 ; Ulp. 2 *de adult.*, D.48,5,14(13),7 ; Pap. 15 *resp.*, D.48,5,40(39) pr.

²²⁹ Neste sentido, F. BOTTA, '*Per vim inferre*' cit. (nota 2 supra), p. 18 e F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 12. Cf. E. 17,30: "“Ο βιαζόμενος κόρην καὶ φθείρων αὐτήν ‘ρινοκοπεῖσθω’[quem violentar uma menina, deve ter o nariz cortado]. Segundo A. GUARINO, *L' esegesi delle fonti* cit. 229, p. 530, a Écloga foi uma compilação de 18 títulos, realizada na primeira metade do séc. VIII, por ordem do imperador Leão Isaurico e seu filho Constantino Copronimo. Esta obra teve como fundamentos as Instituições, o Digesto, o Código e as Novelas, bem como as constituições dos imperadores posteriores a Justiniano. O seu prefácio explica que tais influências sofreram modificações no sentido de representar uma maior humanidade.

²³⁰ Cf. Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,3,4: "*Praeterea punitur huius legis poena, qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit*".

²³¹ Cf. Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29),9: "*Eum autem, qui per vim stuprum intulit vel mari vel feminae, sine praefinitione huius temporis accusari posse dubium non est, cum eum publicam vim committere nulla dubitatio est*".

Cabe, então, analisar alguns elementos que integram o conceito de *stuprum*, para descobrir quais atos sexuais caracterizavam o estupro violento.

Este conceito, na opinião de D. MOSES²³², teria sofrido alterações durante a evolução do direito romano, pelo menos no que tange às conseqüências que este crime gerava para a vítima, pois no direito arcaico salientava-se a questão da *pollutio*, ou seja, da contaminação moral que atingia não só a vítima, mas também os seus parentes e própria sociedade. Por outro lado, na época de Augusto, marcada pelo programa de reforma moral deste imperador, parece ter sido enfatizada a condenação do sujeito passivo do *stuprum*²³³.

De qualquer forma, no Digesto²³⁴, encontramos a informação de que a *lex Iulia de adulteriis*, legislação que regulava os crimes de adultério e estupro, era aplicada apenas às pessoas livres. M. MOLÈ²³⁵ entende que a expressão “pessoas livres” compreende tanto os ingênuos como os libertos.

Tanto o *adulterium* como o *stuprum* referiam-se à prática de relação sexual. No primeiro caso o sujeito passivo era mulher casada e, no segundo, a *vidua* e a *virgo*²³⁶. O *stuprum* também poderia ser realizado contra um homem (*stuprum cum masculino*)²³⁷.

Interessa-nos duas informações: tanto o *voluntarium stuprum* como o *stuprum violentum* podiam ser realizados contra mulheres e homens livres e configuravam-se com a prática de relação sexual, ou seja, a conjunção carnal e o coito anal.

Desta forma, poderíamos caracterizar, inicialmente e em termos gerais, e apenas para a finalidade didática, o *stuprum per vim* como o ato de constranger homem ou mulher livres à prática de conjunção carnal ou coito anal, mediante violência.

Esta é a nossa proposta, restringindo-se exclusivamente às fontes jurídicas romanas que chegaram até nós sobre o estupro violento²³⁸.

Todavia, cabe ressaltar que não sendo uma *fattispecie* criminosa autônoma, sua repressão ocorria através da legislação aplicada a outro crime de conteúdo semelhante e autônomo, como veremos adiante²³⁹.

²³² Livy's *Lucretia* cit. (nota 36 supra), p. 49.

²³³ Este assunto será aprofundado posteriormente, durante a análise da *lex Iulia de adulteriis coercendis*.

²³⁴ Cf. Pap. 1 *de adult.*, D.48,5,6: “*Inter liberas tantum personas adulterium stuprumve passas lex Iulia locum habet. Quod autem ad servas pertinet, et legis Aquiliae actio facile tenebit et iniuriarum quoque competit nec erit deneganda praetoria quoque actio de servo corrupto: nec propter plures actiones parcendum erit in huiusmodi crimine reo*”.

²³⁵ ‘*Stuprum*’ (nota 197 supra), p. 584. Cf. Modest. 1 *reg.*, D.48,5,34 pr.: “*Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina*”. (grifos nossos)

²³⁶ M. MOLÈ, ‘*Stuprum*’ cit. (nota 197 supra), p. 585.

²³⁷ Cf. Pap. 2 *de adult.*, D.48,5,9(8) pr. e Modest. 1 *reg.*, D.48,5,34,1.

²³⁸ Assim, por exemplo: Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,3,4; Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29),9; C.9,9,7; C.9,9,20; Ulp. 2 *de adult.*, D.48,5,14(13),7; Pap. 15 *resp.*, D.48,5,40(39) pr.; P.S.2,26,12 (=Coll.5,2,1); P.S.5,4,1.

Isto significa que durante a evolução do direito romano não havia uma legislação específica para regular tal crime, o que provavelmente dificultou a elaboração de um conceito exato e autônomo. E a razão para este fato permanece sem explicação.

Diante da ausência de uma autonomia conceitual e repressiva do *stuprum per vim*, é fundamental a análise dos elementos constitutivos deste ilícito bem como dos esquemas processuais por meio dos quais este crime foi conhecido e punido²⁴⁰.

O estudo da classificação e dos sistemas repressivos do *stuprum* violento apresenta-se, desta forma, como um eficaz método para uma análise integral do crime em tela.

²³⁹ *Lex Iulia de adulteriis*. *Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce, Edizioni del Grifo, 1997, p. 249, nt. 295: “(...) il comportamento che configura uno ‘stuprum’ del tipo di quello descritto non assurge forse ad autonoma fattispecie criminosa, venendo piuttosto punito attraverso l’assimilazione ad un reato già enucleato e ad esso concettualmente vicino”.

²⁴⁰ F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 18.

3. Elementos constitutivos do crime

O estupro violento fazia supor uma parte ativa que, mediante violência, perpetuava um ato sexual ilícito, e outra passiva, que o suportava²⁴¹.

O sujeito ativo deste crime era, no tocante ao procedimento criminal aplicado, um homem livre, o qual vinha reprimido pelo sistema de processo penal romano, com suas garantias constitucionais.

É certo que um escravo também poderia praticar este crime, mas aqui é preciso fazer algumas observações.

Diante da particular situação jurídica do escravo no direito romano, é importante lembrar que ele não possuía capacidade jurídica para ser acusado por um crime, seja perante o processo comicial, seja através do *ordo iudiciorum publicorum*, por uma *quaestio*²⁴².

Isto não significa, porém, que ele não sofria qualquer punição, ou que ficava sujeito exclusivamente à pena imposta por seu dono.

Segundo M. TALAMANCA²⁴³, diante de um crime, o magistrado, através da *coercio*, aplicava a punição ao escravo, porém sem obedecer aos limites de caráter constitucionais. E dependendo da gravidade do crime, o escravo geralmente recebia a pena mais severa como medida de prevenção geral. Ademais, o procedimento para a atribuição da culpa do escravo visava à proteção do seu *dominus*, sendo que o direito deste poderia ser contrário à pretensão punitiva pública²⁴⁴.

As conseqüências jurídicas da violência sexual dependiam do *status* das pessoas envolvidas.

²⁴¹ G. RIZZELLI, '*Stuprum*' e '*adulterium*' cit. (nota 196 supra), p. 361.

²⁴² M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 83. Neste sentido, J. C. MOREIRA ALVES, *Direito romano I – História do direito romano. Instituições de direito romano: A) parte geral. B) parte especial: direito das coisas*, 10 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 100.

²⁴³ *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 83.

²⁴⁴ Quanto à atuação do escravo no processo criminal destacamos a opinião de M. MARRONI, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., Palermo, Palumbo, 1994, p. 199: "*per il diritto e il processo criminale, fuori quindi della sfera del diritto privato, il servo era giuridicamente capace: poteva essere chiamato come testimone (e per ciò spesso sottoposto a tortura) e il suo comportamento illecito che configurasse un 'crimen' era perseguito in sede criminale e punito con pene assai severe (nei casi più gravi con la crocifissione, una pena atroce e infamante che si infligeva soprattutto agli schiavi: risulta abolita nel diritto giustiniano per riguardo alla religione cristiana)*". Compreendemos que estas afirmações não contrariam a explicação de M. TALAMANCA, pois M. MARRONI não faz referência ao procedimento penal aplicado ao escravo no juízo penal. Ele apenas menciona que o escravo era punido por um *crimen* e recebia as penas mais severas. Quanto às penas cruéis aplicadas aos escravos e às pessoas de extrato social mais baixo (os *humiliores*) no direito penal romano, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo* cit. (nota 224 supra), pp. 249-250, menciona as seguintes: crucificação (*damnatio in crucem*), exposição às feras na arenas (*damnatio ad bestias*) e combustão do corpo em vida (*vivi crematio*).

A violência ocorrida entre dois escravos, propriedades de um mesmo *dominus*, não gerava conseqüências no plano jurídico, cabendo a este último exercer o seu *ius corrigendi*²⁴⁵.

Por outro lado, caso um escravo violentasse uma escrava (ou escravo) pertencente a outro *dominus*, ficava o proprietário do escravo agressor obrigado a reparar o dano ao dono da escrava agredida, através da interpretação extensiva pretoriana da *lex Aquilia de damno*²⁴⁶.

Podia ocorrer, ainda, uma violência sexual praticada por um homem livre no confronto de sua escrava (ou escravo). Este fato era lícito, já que respeitava os limites do amplo exercício da *dominica potestas*²⁴⁷.

Na República, defende F. LUCREZI²⁴⁸, a prática desta espécie de *vis* contra uma escrava nem mesmo gerava uma punição. Além disso, embora as primeiras críticas tenham surgido na idade imperial, Sêneca²⁴⁹, fazendo referência à opinião geral, declarou que a falta de castidade era um crime para a mulher nascida livre, um coerção para as escravas e um dever para as libertas.

O constrangimento sexual posto em prática por um escravo, contra seu senhorio, ou um familiar deste, certamente gerou conseqüências extremas, seja para haver uma severa punição, seja para servir de exemplo²⁵⁰.

²⁴⁵ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 13.

²⁴⁶ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 13.

²⁴⁷ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 13. Destacamos uma observação de E. VOLTERRA, *In tema di 'accusatio adulterii'*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, v. 2, Milano, Fratelli Treves, 1930, p. 125, ao analisar Ulp. 2 *adult.*, D.48,5,14(13),7: “*Nel nostro passo infatti la donna 'cattiva' non appare posta nella medesima condizione della schiava, giacchè le relazioni sessuali di questa ultima non cadono sotto il concetto dello 'stuprum' e non possono perciò essere perseguite in alcun modo in giudizio*”. Neste sentido, J. F. GARDNER, *Women in roman law* cit. (nota 47 supra), p. 221, afirma que os proprietários podiam e efetivamente realizavam atos sexuais com as suas escravas, as quais dificilmente conseguiam evitar esta situação. Ademais, esta autora acrescenta que, em oposição, as mulheres não podiam manter relações sexuais com os seus escravos, pois assim elas ficavam sujeitas às penas da lei Júlia de adultérios. Cf. Macer 1 *publ.*, D.48,5,24.

²⁴⁸ *La violenza sessuale* cit. (nota supra), p. 13. As libertas, quanto à esta questão, possuíam uma condição diversa, pois, a mulher, após a manumissão, não podia ser obrigada, pelo seu patrono, a se prostituir. Cf. Call. 3 *edic.*, D.38,1,38 pr.. Abordando este tema: G. RIZZELLI, *Le donne nell'esperienza* cit. (nota 13 supra), pp. 61-62.

²⁴⁹ *Contr.* 4,10: “*hoc exempto nemo erat scholasticis nec aptior nec similior, sed, dum nihil vult nisi culte, nisi splendide dicere, saepe incidebat in ea, quae derisum effugere non possent. memini illum, cum libertinum reum defenderet, cui obiciebatur, quod patroni concubinus fuisset, dixisse: 'impudicitia in ingenuo crimen est, in servo necessitas, in liberto officium'. res in iocos abiit: 'non facis mihi officium' et 'multum ille huic in officiis versatur'. ex eo impudici et obsceni aliquamdiu officiosi vocitati sunt*”. (grifos nossos)

²⁵⁰ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), pp. 13-14. É curioso observar que, segundo G. RIZZELLI, *Le donne nell'esperienza* cit. (nota 13 supra), p. 64, os relacionamentos amorosos entre um escravo e a sua proprietária eram freqüentes na República e no Principado, não sendo, provavelmente reprimidos. Esta conduta, parece, teria sido punida apenas com Constantino, aproximadamente em 326, através da pena capital. Cf. C.Th. 9,9,1 pr: “*Si qua cum servo occulte rem habere detegitur, capitali sententiae subiugetur, tradendo ignibus verberone, sitque omnibus facultas crimen publicum arguendi, sit officio copia nuntiandi,*

Ademais, podia ocorrer uma relação forçada provocada por um homem livre contra uma escrava (ou escravo) alheia. Neste caso, o proprietário da serva poderia utilizar diferentes tipos de ações penais para defender os seus interesses: *iniuriarum*²⁵¹, *legis Aquiliae* e *servi corrupti*²⁵².

Entendemos, assim, que a violência sexual praticada contra uma escrava (ou escravo) não incidia na disciplina do *stuprum per vim, crimen* provavelmente dirigido à proteção das pessoas livres.

Isto ocorria, pois, como afirma E. HÖBENREICH²⁵³, a relação erótica entre um homem livre e a serva de um terceiro era permitida, desde que não prejudicasse os interesses do proprietário da escrava, o que se daria, v.g., quando o valor da mesma fosse reduzido²⁵⁴ em razão desta relação. Seria o caso do defloramento de uma serva virgem.

sit etiam servo licentia deferendi, cui probato crimine libertas dabitur, quum falsae accusationi poena immineat.”.

²⁵¹ Cabe observar que, segundo as Institutas de Justiniano, I.4,43, a injúria não ocorre pessoalmente contra o escravo, mas sim contra o seu senhor. Porém ofensa contra o escravo deveria ser grave para ocasionar lesão ao seu proprietário: “*Servis autem ipsis quidem nulla iniuria fieri intellegitur, sed domino per eos fieri videtur. non tamen iisdem modis quibus etiam per liberos et uxores, sed ita cum quid atrocius commissum fuerit et quod aperte ad contumeliam domini respicit: veluti si quis alienum servum verberaverit, et in hunc casum actio proponitur. at si quis servo convicium fecerit vel pugno eum percusserit, nulla in eum actio domino competit*”.

²⁵² F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 14, cita os seguintes passos para justificar sua asseveração: Ulp. 23 *ad ed.*, D.11,3,1,2; Ulp. 57 *ad ed.*, D.47,19,9,4; Paul. 19 *ed.*, D.11,3,2-4. Em especial, destaca-se Pap. 1 *ad ed.*, D.48,5,6 pr., sobre a aplicação da lei Júlia sobre os adultérios apenas às pessoas livres: “*Inter liberas tantum personas adulterium stuprumve passas lex Iulia locum habet. Quod autem ad servas pertinet, et legis Aquiliae actio facile tenebit et iniuriarum quoque competit nec erit deneganda praetoria quoque actio de servo corrupto: nec propter plures actiones parcendum erit in huiusmodi crimine reo*”. Este também é o posicionamento de J. PLESCIA, *The development of the doctrine of ‘boni mores’ in roman law*, in *RIDA* 34 (1987), p. 307. Ademais, acrescentamos uma outra fonte, no sentido de que eram aplicadas a ação de injúria no caso de serva estuprada, a ação da *lex Aquilia* tratando-se de virgem imatura e a ação de furto, caso a escrava fosse mantida em esconderijo. Cf. Ulp. 18 *ad ed.*, D.47,10,25: “*Si stuprum serva passa sit, iniuriarum actio dabitur: aut, si celavit mancipium vel quid aliud furandi animo fecit, etiam furti: vel, si virginem immaturam stupraverit, etiam legis Aquiliae actionem competere quidam putant*”. Todavia, devemos elucidar que o fragmento tais fragmentos referem-se apenas ao estupro consensual. Desta forma, apenas é possível afirmar que, através de uma interpretação analógica, pode-se concluir que ao estupro violento também eram aplicadas estas regras. Por fim, é interessante observar que, consoante um fragmento existente no *Codex* (C.9,20,1, de 213), o fato do escravo ser arrebatado com violência (*violentiam mancipium abreptum est*) – não há nenhuma referência a qualquer finalidade sexual – gerava o direito de uma acusação por violência (*accusationem vis non prohibetur intendere*). T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit. (nota 65 supra), pp. 385-386, ao mencionar esta passagem do *Codex*, entende que a lei Júlia de violência pública seria aplicada mesmo nos casos de violência perpetrados contra escravos. Discordamos deste posicionamento pelas razões já elencadas e porque, em C.9,20,1, não há referência à agressão sexual, mas sim à tomada violenta de um servo.

²⁵³ Schiavitù femminile in Roma Antica: spunti per una riflessione giuridica, in *Revista de Direitos Difusos* 23 (2004), pp. 3174-3175. Cf. P.S.2,26,16: “*Ancillarum sane stuprum, nisi deteriores fiant, aut per eas ad dominam adfectet, citra noxam habetur*”.

²⁵⁴ Quanto à esta redução de valor, em Ulp. 1 *ad ed. aedil.*, D.21,1,23, vemos que, numa *actio redhibitoria*, o comprador de um escravo devia responder pela deterioração de um escravo em razão do estupro sofrido (não há referência ao uso de violência neste estupro).

Além disso, interessa mencionar a situação da escrava raptada para fins libidinosos. Neste caso, o seu proprietário tinha o direito de ajuizar uma ação de furto em face do rapto²⁵⁵.

No entanto, afirma Ulpiano que o rapto de uma escrava prostituta não gerava a ação de furto, pois o escopo da conduta seria um ato libidinoso e não o furto propriamente dito²⁵⁶.

Por outro lado, se uma escrava (ou escravo) fosse subtraída de seu *dominus*, com violência, ou fosse submetida a tortura por terceiro, haveria a aplicação da lei Júlia de violência privada²⁵⁷.

De qualquer forma, observa-se que, em razão da condição especial do escravo, o principal objetivo era a tutela do interesses do seu proprietário.

Por fim, F. LUCREZI²⁵⁸ destaca o delito de estupro praticado por um homem livre em relação a uma mulher (ou homem) também livre. Esta situação, segundo o autor, poderia ser enquadrada na genérica *fattispecie* criminosa, do *crimen adtemptatae pudicitiae*, não suficientemente comprovada nas fontes romanas, e que passou a abranger posteriormente diferentes hipóteses, como, v. g., a violência carnal, o rapto e o adultério. Ulpiano²⁵⁹ reconheceu que a *adtemptatae pudicitiae* como um ato, ou uma série de atos, que deviam ser punidos, sendo a ação, para tanto, propriamente a *actio iniuriarum*.

Cabem ainda algumas observações sobre o sujeito passivo deste crime.

Como vimos anteriormente, durante a nossa tentativa de elaboração de um conceito de *stuprum per vim*, existem dois fragmentos, Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,3,4²⁶⁰ e Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29),9, que explicam, embora superficialmente, contra quem este crime

²⁵⁵ Cf. Paul. 2 *sent.*, D.47,2,83(82),2 e P.S. 2,31,12. No fragmento de Paulo ainda há a informação de que se a escrava fosse mantida em esconderio, seria aplicada, ao raptor, a pena prevista pela *lex Fabia*. Provavelmente esta referência dirigia-se à *lex Fabia de plagiariis*, de data incerta, lei que determinava a aplicação de uma sanção pecuniária àqueles que reduzissem à escravidão uma pessoa livre ou que exercessem poder sobre escravos de terceiros. Sobre esta lei, vide B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 224 supra), p. 130.

²⁵⁶ Cf. Ulp. 41 *ad sab.*, D.47,2,39 pr.. Esta decisão de Ulpiano é contrária ao entendimento de Paulo (P.S.2,31,12), o qual afirma que o raptor de uma escrava prostituta, mesmo tendo escondida a mesma, poder ser processado pela ação de furto. Mencionando estas questões: G. RIZZELLI, *Le donne nell'esperienza* cit. (nota 13 supra), pp. 60-61 e E. HÖBENREICH, *Schiavitù femminile in Roma* cit. (nota 253 supra), pp. 3174-3176.

²⁵⁷ C.9,20,1 (de 213) e Paul. 55 *ad ed.*, D.48,7,4,1. Nestas fontes não há qualquer menção à finalidade libidinoso da conduta, não sendo o caso, portanto de *stuprum violentum*.

²⁵⁸ *La violenza sessuale* cit. (nota supra), p. 15.

²⁵⁹ Ulp. 57 *ad ed.*, D.47,10,9,4: “Si quis tam feminam quam masculum, sive ingenuos sive libertinos, impudicos facere adtemptavit, iniuriarum tenebitur”.

²⁶⁰ Cf. Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,3,4: “Praeterea punitur huius legis poena, qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit”.

poderia ser praticado: homem e mulher. Aliás, assim explica Marciano: “*qui puerum vem feminam vel quemquam per vim stupraverit*”.

G. LONGO²⁶¹ entende que o termo “*quemquam*” não possui um significado e apenas complementa o sentido da frase.

Entendemos, porém que seria possível interpretar este termo como uma ampliação dos sujeitos passivos deste crime para qualquer pessoa livre, homem ou mulher. O seu significado seria claro: era punido através da lei de violência aquele que praticasse violência sexual contra um jovem rapaz (*puer*), uma mulher (*femina*) e qualquer outra pessoa, como um homem adulto²⁶², por exemplo.

Ulpiano não especifica a qual categoria de homens e mulheres era dirigida esta tutela. Pelo contrário, ele afirma que a mesma é aplicada a qualquer pessoa, homem ou mulher.

Recordamos que o *stuprum* voluntário somente podia ser praticado por uma virgem (*virgo*), uma viúva (*vidua*)²⁶³ ou um rapaz (*puer*)²⁶⁴. Os sujeitos passivos deste crime pertenciam a uma categoria bem delimitada, em atenção ao bem jurídico protegido pelo crime: a castidade e a moralidade pública.

O *status* das mulheres atingidas pela lei dos adultérios era o de *materfamilias* ou futura *materfamilias*, no caso da *virgo*. O comportamento sexual das demais mulheres era indiferente para o Estado, no que tange à aplicação desta lei.

Quando pensamos, entretanto, no *stuprum per vim*, um crime violento, devemos considerar que outros bens jurídicos eram protegidos como, por exemplo, a ordem social e a integridade física.

²⁶¹ *La repressione della violenza nel diritto penale romano*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto (diritto civile e diritto romano) III*, Padova, CEDAM, 1970, p. 493.

²⁶² A homossexualidade masculina passiva era proibida e severamente punida pelo direito romano, especialmente no direito pós-clássico. Cf. Coll. 5,1,1 e CTh. 9,7,3. Quanto ao tema, mencionamos E. CANTARELLA, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, 2ª.ed., Milano, BUR, 2007, pp. 224-225 e DALLA, Danilo, “*Ubi venus mutatur*”. *Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 117. Além da pena prevista para este crime, o homem que mantivesse relações sexuais com outra pessoa do sexo masculino, como se mulher fosse, sofria algumas limitações, como a proibição de postular em juízo. Todavia, Ulpiano, afirma que esta limitação não era aplicada àquele que praticasse tal ato mediante violência. Cf. Ulp.6 *ad ed.*, D.3,1,1,6. Ulpiano não se refere apenas ao jovem (*puer*), mas a qualquer homem, claro, pressupondo que fosse livre.

²⁶³ Segundo Papiniano, o termo “*materfamilias*” referia-se não apenas às mulheres casadas, mas também às viúvas. Cf. Pap. 2 *de adult.*, D.48,5,10 pr..

²⁶⁴ Cf. Pap. 1 *de adult.*, D.48,5,6,1 e Pap. 2 *de adult.*, D.48,5,8 pr..

O estupro forçado era considerado um mal gravíssimo. Na opinião de Paulo, para um homem bom, a ameaça de estupro era capaz de gerar um medo maior do que a própria morte: “*cum viris bonis iste metus maior quam mortis esse debet*”²⁶⁵.

Poderíamos mesmo afirmar que, no tocante ao estupro violento, o principal bem jurídico tutelado era a integridade física e não a honestidade ou moralidade, pois a vítima, mesmo tendo sofrido o ultraje, continuava com sua reputação íntegra, podendo casar-se²⁶⁶, e permanecia, inclusive, com o direito postular em juízo²⁶⁷.

Neste sentido, caberia indagar se, no tocante ao estupro violento, outros sujeitos passivos poderiam ser indicados. Neste caso, poderiam sofrer tal ilícito todas as mulheres e todos os homens livres: mulheres casadas, solteiras virgens, solteiras não mais virgens, jovens, homens mais velhos.

Caso o *stuprum per vim* pudesse apenas ser perpetrado contra uma determinada categoria de mulheres, como ocorria com o *stuprum voluntarium*, Ulpiano teria especificado este fato, apontando contra quais mulheres este *crimen* poderia ser realizado. Todavia, assim ele não procedeu.

Uma interessante questão a ser analisada, embora não exista comprovação, visto que as fontes sobre o tema são escassas, é se a violência sexual perpetrada contra uma *femina probosa*²⁶⁸ livre caracterizasse um *stuprum per vim* da mesma forma, ou pelo menos gerasse alguma punição.

Aliás, Aulo Gélíio, numa passagem já mencionada durante o estudo sobre a honestidade feminina, Noites Áticas 4,14, menciona uma situação em que o edil curul *Mancinus* tenta estuproar uma cortesã denominada *Manilia*, a qual arremessa pedras contra este homem. Ele, então, ajuíza uma ação em face dela, em razão da lesão sofrida. A prostituta, porém, apela ao tribunate da plebe, sendo reconhecida a sua legítima defesa.

²⁶⁵ Cf. Paul. 11 *ad ed.*, D.4,2,8,2.

²⁶⁶ Cf. C.9,9,20.

²⁶⁷ Homens que praticavam atos homossexuais contra a natureza ficavam proibidos de postular em juízo. Porém, se eles fossem obrigados a praticar tais atos, por um inimigo ou um ladrão, aquela proibição não seria aplicada. Cf. Ulp. 6 *ad ed.*, D.3,1,1,6.

²⁶⁸ A expressão “*probosa femina*” é encontrada em Suet., *Domit.* 8,3: “*Suscepta correctione morum, licentiam theatralem promiscue in equitem spectandi inhiuit; scripta famosa vulgoque edita, quibus primores viri ac feminae notabantur, abolevit, non sine auctorum ignominia; quaestorium virum, quod gesticulandi saltandique studio teneretur, movit senatu: probrosis feminis lecticae usum ademit iusque capiendi legata hereditatesque; equitem R. ob reductam in matrimonium uxorem, cui dimissae adulterii crimen intenderat, erasit iudicum albo; quosdam ex utroque ordine lege Scantinia condemnavit; incesta Vestalium virginum, a patre quoque suo et fratre neglecta, varie ac severe coercuit, priora capitali supplicio, posteriora more veteri*”. Estas eram aquelas mulheres que possuíam uma conduta sexual considerada imoral pela sociedade romana, contra os costumes e o pudor público, como as *meretrices*, *scenicae* e *dominae cauponae*. Existem poucas fontes sobre o tema, as quais trazem apenas indiretamente informações. Quanto a este tema, R. ASTOLFI, *Femina probosa, concubina, mater solitaria*, in *SDHI* 31 (1965), pp. 15 e 20 e M. MOLÈ, ‘*Stuprum*’ cit. (nota 197 supra), p. 585.

Embora não se descreva a punição do edil pela tentativa de violar a mulher, importa observar a proteção conferida a esta mulher, mesmo não pertencendo ao *status de materfamilias*, diante de uma tentativa de estupro forçado.

Haveria, desta forma, uma repulsa social contra a injustiça da agressão sexual e, de forma geral, seria tutelada não apenas a honra, mas principalmente a integridade física e sexual de todas as pessoas livres, sempre considerando que a intensidade da proteção variava conforme o *status* da pessoa.

O elemento subjetivo do *stuprum per vim* é o dolo, a vontade de se praticar uma agressão sexual contra terceiro, homem ou mulher livres²⁶⁹. Provavelmente era punido tanto o crime consumado quanto o crime tentado, havendo uma punição menor neste último caso²⁷⁰.

Quanto à conduta, pode-se afirmar que o *stuprum violentum* era composto por dois elementos: violência e atos sexuais ilícitos e graves (*stuprum* em sentido amplo).

Cabe questionar se a noção de violência, no *stuprum violentum*, era ampla, compreendendo não apenas a violência física. Neste caso, também havia a previsão da violência moral²⁷¹. Entretanto, o temor ocasionado pela violência moral deveria ser grave²⁷².

O termo *stupra*, segundo G. RIZZELLI²⁷³, refere-se a uma série de atos não individualizados e ofensivos à *aetas* e à *dignitas*.

Certamente o coito vaginal e o coito anal estavam incluídos nesta conduta criminosa. Outros atos, como a *fellatio in ore*, provavelmente também estavam

²⁶⁹ Ulp. 1 *de adult.*, D.48,5,13(12): “*Haec verba legis "ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo" et ad eum, qui suasit, et ad eum, qui stuprum vel adulterium intulit, pertinent*”. Embora esta regra fosse aplicada à lei dos adultérios, por analogia, entendemos também ser aplicada à violência sexual. Também é possível, com esta regra, afirmar que ao *stuprum per vim* não eram aplicadas as regras da *lex Iulia de adulteriis*, pois, neste caso, não havia o dolo de consentir com a relação sexual ilícita. Durante os direitos clássico e pós-clássico houve uma satisfatória elaboração do elemento intencional, porém é preciso dizer que, segundo a mentalidade romana e o caráter das suas fontes jurídicas, não havia uma estrutura lógica que determinasse a exclusão ou o atenuante da responsabilidade. Não havia a “teoria da culpa”, mas sim diversas *fattispecie* dispersas. Cf. C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano* cit., pp. 76 e 84.

²⁷⁰ Assim concluímos em razão da regra estabelecida para o que no direito moderno se denomina crime de sedução, previsto em P.S. 5,4,14: “*Qui puero praetextato stuprum aliudue flagitium abducto ab eo uel corrupto comite persuaserit, mulierem puellamue interpellauerit, quidue pudicitiae corrumpendae gratia fecerit, donum praebuerit pretiumue, quo id persuadeat, dederit, perfecto flagitio capite punitur, imperfecto in insulam deportatur: corrupti comites summo supplicio adficiuntur*”. Todavia, é preciso afirmar que não havia uma formulação geral sobre a tentativa no direito romano. As soluções são casuísticas e não unívocas. Limitando-se ao período pós-clássico, no entanto, foi confirmada a tendência de punição da tentativa em alguns casos e, possivelmente, através da *cognitio extra ordinem*. As justificativas para tanto seria o maior rigor repressivo deste momento aliado à mentalidade cristã, a qual ressaltou a importância do elemento intencional. Cf. C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano* cit. (nota 223 supra), pp. 84 e 105.

²⁷¹ Cf. Ulp. 1 *edict.* D. 4, 2, 1 e Paul. 1 *sent.* D. 4, 2, 2.

²⁷² Ulp. 1 *edict.* D. 4, 2, 5 e Gai. 4 *edict. prov.* D. 4, 2, 6.

²⁷³ G. RIZZELLI, ‘*Stuprum*’ e ‘*adulterium*’ cit. (nota 196 supra), p. 361.

compreendidas aqui. No entanto, não é possível encontrar uma confirmação segura deste fato nas fontes.

A relação entre estes dois elementos (*vis* e *stuprum*) é analisada de forma diversa pela doutrina. Esta controvérsia certamente resulta da ausência de uma organização sistemática do direito criminal romano, já que durante a evolução deste direito as soluções apresentadas não foram uniformes. Além disso, existem poucas fontes primárias sobre a violência sexual no direito romano até o momento.

Questiona-se, então, se a *vis* era proposta ou como um elemento qualificativo de uma *fattispecie* “especial” em relação ao tipo base (*stuprum* e *adulterium*) ou, pelo contrário, ela foi compreendida como elemento preponderante na configuração objetiva do delito, de forma que a conjunção carnal se tornasse apenas uma simples modalidade atuativa de *crimen vis*²⁷⁴.

Esta análise é, sem dúvida, essencial para o estudo deste *crimen*, pois, não sendo uma *fattispecie* com autonomia conceitual e disciplina legislativa própria, o estudo sobre a preponderância de um elemento sobre o outro poderia indicar, com maior certeza, o tipo de legislação aplicada no que tange à repressão do crime durante a evolução do direito penal romano.

Pode-se supor que o *stuprum per vim* fosse considerado um *stuprum* em sentido estrito, segundo a concepção da lei dos adultérios, porém qualificado pelo emprego da violência. Neste caso, é evidente que a legislação aplicada seria aquela sobre o *stuprum*.

Por outro lado, podemos averiguar se o estupro violento, sendo a *vis* o elemento preponderante, não seria, na realidade, uma espécie de *crimen vis*, porém de conteúdo sexual. Aqui, evidentemente, seria aplicada a legislação sobre violência.

No direito justinianeu é aplicada esta última hipótese, pois este crime está inserido na disciplina da lei de violência pública, segundo algumas fontes existentes no Digesto²⁷⁵.

T. MOMMSEN²⁷⁶ localiza o estupro violento no âmbito da lei Júlia de violência pública. Cabe observar que, ao estudar os crimes sexuais no seu manual de direito romano,

²⁷⁴ F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 18, formula este questionamento partindo da concepção de que a violência, neste crime, teria assumido um valor “teoretico”, discriminando *fattispecie* adjacentes.

²⁷⁵ Cf. Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,3,4 e Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29),9.

²⁷⁶ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit. (nota 65 supra), pp. 385-386 e 406. O mesmo ocorre com C. FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione storica e dottrinale*, Milano, Societa Editrice Libreria, 1905, p. 367, o qual, analisando os *delitti contro il buon costume*, invia o leitor, quando ao tema do estupro violento, ao capítulo seguinte sobre o *crimen vis*, citando apenas PS. 2,26,12. Este estupro, para T. MOMMSEN e C. FERRINI, tratando-se de crime violento, não possuía qualquer relação com os crimes sexuais ou contra os bons costumes.

este autor não incluiu entre eles (incesto, adultério, estupro, lenocínio, casamento desonroso, bigamia, rapto e pederastia) o *stuprum per vim*.

O problema surge, porém, quanto ao direito clássico, pois alguns autores questionam a autenticidade destes textos.

No direito clássico, observa-se uma fragmentada casuística e, no direito tardo antigo, uma legislação criminal oscilante, intimamente ligada às contingências e às íntimas necessidades da política criminal²⁷⁷.

G. RIZZELLI²⁷⁸, analisando os elementos que integram a violência carnal, entende que a violência exercia uma força predominante na configuração do crime. Este romanista afirma que, algumas vezes, a violência, neste tipo de estupro, era essencialmente mais acentuada do que o caráter sexual da conduta, o qual tornava-se apenas perceptível.

Tal afirmação, continua este autor, comprova que o *stuprum* descrevia uma série de atos não bem individualizados, mas que tinham em comum a violência e o desrespeito à moral da sociedade²⁷⁹.

F. BOTTA²⁸⁰, por outro lado, analisa o *stuprum per vim* como um crime complexo, no qual existem fatores constitutivos simples. Não destaca, assim, a preponderância de nenhum elemento. A sua análise, ademais, parece enfrentar o tema sob a perspectiva da dogmática penalística moderna.

Assim, segundo esta teoria, a estrutura do estupro seria articulada, tendo em consideração os elementos da violência e da conjunção carnal ilícita. Seria, pois, uma figura delitiva complexa, na qual seriam encontrados outros tipos penais (*stuprum, vis*) ou mesmo elementos, como a violência, com a possibilidade de se excluir a imputação do ilícito de um dos “autores” materiais do fato típico²⁸¹.

A composição típica da violência sexual poderia ser, então, objetivamente fracionada em fatores constitutivos ‘simples’. Desta forma, além da *vis*, representando o constrangimento ilegal de uma pessoa, havia também a incidência da prática de uma relação sexual ilícita, visto que praticada por uma pessoa que não podia dispor completamente do seu próprio corpo (*virgo* ou *vidua*, caracterizadas pela honestidade feminina) ou que era proibida de utilizar o mesmo apenas em determinado âmbito

²⁷⁷ F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 16.

²⁷⁸ G. RIZZELLI, ‘*Stuprum*’ e ‘*adulterium*’ cit. (nota 196 supra), p. 361.

²⁷⁹ G. RIZZELLI, ‘*Stuprum*’ e ‘*adulterium*’ cit. (nota 196 supra), p. 361.

²⁸⁰ ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 15.

²⁸¹ F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 15.

subjetivo, como nos casos da *nupta* em relação a um homem diverso do seu marido, ou do *masculus cum masculo*²⁸².

Analizando o *stuprum per vim* segundo o esquema teórico, sugerido por F. BOTTA, este *crimen* parece ter alcançado determinadas *fattispecie* encontradas na casuística, principalmente nas fontes jurídicas do direito romano, enquadrando-se ora na esfera repressiva da *lex Iulia de vi*, ora naquela da *lex Iulia de adulteriis*, ou até mesmo, no período epiclássico, surge no âmbito do *crimen iniuriarum extra ordinem*²⁸³.

F. BOTTA²⁸⁴ propõe, entretanto, outro percurso argumentativo. Analisando o *adulterium/stuprum* e a *vis*, ele observa que diante da “bilateralidade” da estrutura do crime, poder-se-ia extrair uma diversa função exercida pela violência: como fator de exclusão da atribuição do *crimen adulteriilstupri* àquele que *agitur sed non agit*.

Desta forma, não seria verdadeira a hipótese segundo a qual o sujeito ativo do estupro violento poderia ser punido igualmente pela lei sobre adultérios ou pela lei sobre violência. Assim, seria possível imaginar que as duas soluções acima expostas foram consideradas úteis pela jurisprudência clássica para solucionar todos os casos práticos referentes ao tema²⁸⁵.

Discordamos de F. BOTTA quando o autor afirma que o *stuprum*, como elemento constitutivo do *crimen stuprum violentum*, apenas podia ser praticado por uma determinada categoria de mulheres, como ocorria com estupro consensual.

Entendemos que o *stuprum* como elemento da violência sexual não trazia o conteúdo de ato sexual ilícito consentido com *virgo* ou *vidua*, mas sim o significado de relação sexual contrária à consciência social e aos bons costumes, num sentido amplo. Implicava simplesmente num ato de conteúdo sexual proibido.

²⁸² F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 24. Destacamos estas observações do autor: “*La fattispecie tipica della violenza carnale è oggettivamente scomponibile in fattori costitutivi ‘semplici’. Accanto cioè all’elemento rappresentato dall’esercizio della violenza (quale costringimento di un soggetto non consenziente) sta l’oggetto della costrizione violenta consistente nella consumazione di un atto sessuale che, in quanto tale, è (senza dubbio da ben prima della legislazione giulia) di per sé illecito, poiché commesso nella persona di chi non può disporre sessualmente del proprio corpo (‘virgo’ o ‘vidua’ di onesta condizione) o di chi del proprio corpo non può disporre sessualmente in quella ‘direzione soggettiva’ (‘nupta’ con soggetto diverso dal marito o ‘masculus cum masculo’)*”. Após tecer estes comentários, em nota (p. 24, nt. 8), o autor menciona a explicação de C. FERRINI sobre a categoria de mulheres que ficava submetida ao controle derivado da *lex Iulia de adulteriis* sobre os crimes sexuais. Porém, C. FERRINI, *Diritto penale romano* cit. (nota 276 supra), p. 367, não estava se referindo também ao estupro violento, para o qual fez uma referência ao *crimen vis*.

²⁸³ F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), pp. 25-27 e nt. 9. Vide Paul. Sent. 5,4,1; 5,4,4 e 2,26,12 = Coll.5,2,1. Cf. U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1937, p. 227; L. DALLA, “*Ubi venus mutatur*” cit. (nota 262 supra), p. 123; L. DESANTI, *Interpellare de stupro* cit. (nota 199 supra), p. 133.

²⁸⁴ F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 18.

²⁸⁵ F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 19.

Ele parte da categoria de crimes sexuais e insere o *stuprum per vim* nesta meio, e não entre os crimes violentos. Em consequência, o *stuprum violentum* apenas seria praticado contra a categoria de mulheres “honestas” e a vítima seria acusada pela prática de estupro. Neste raciocínio a *vis* atuaria como excludente de punibilidade.

Esta reflexão provavelmente justifica as percepções feministas que vimos no tocante à leitura dos textos não-literários sobre a violência sexual, identificando, já no direito romano, a atribuição à mulher da culpa pela violência sofrida.

A sua proposta de fracionar os fatos constitutivos do crime é realmente muito válida para o estudo do sistema repressivo do ilícito em tela, porém, como o autor parte do pressuposto de que os sujeitos ativos e passivos do crime eram restritos, a conclusão por ele alcançada nos parece duvidosa: a *vis* com uma função meramente de excluir a aplicação da lei dos adultérios à vítimas.

Entendemos que a *vis* exercia um papel preponderante neste crime, de forma a descaracterizar a simples ofensa à moralidade. A ofensa passava a ser contra a paz social e a integridade física da vítima, de forma a atrair para si a repressão da lei Júlia de violência pública.

Os testemunhos de Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,3,4 e de Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29),9 são claros: nos casos de violência sexual exclui-se a aplicação da lei Júlia de adultérios, pois trata-se de matéria pertinente à *vis publica*.

Resta mencionar ainda a afirmação de F. LUCREZI²⁸⁶, segundo o qual o estupro violento era um crime “*impossibile*”, pois a sua concepção, a sua prova e a sua sanção encontraram sérios problemas na prática.

Por fim, cremos ser interessante traçar um paralelo entre o direito penal romano e o direito penal brasileiro neste momento, especificamente no que diz respeito à legislação sobre o estupro.

Após esta tentativa de reconstrução dos elementos básicos do estupro violento no direito romano, é interessante destacar algumas características deste *crimen* face às atuais propostas de alteração do Código Penal no que tange especificamente ao estupro.

²⁸⁶ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 12. Entende, J. F. GARDNER, *Women in roman law* cit. (nota 47 supra), p. 120, que os mesmos motivos que desencorajam atualmente a mulher violentada a não denunciar o crime sofrido, também ocorriam na época romana, em razão da valorização da castidade feminina: trauma pessoal, tratamento ofertado a essa mulher pelas autoridades públicas, o estigma que se constitui em relação à ela e à sua família e a suspeita que recai sobre a mesma. Por outro lado, a dificuldade de se detectar fontes do direito romano sobre a violência sexual contra a mulher, seria ocasionada, segundo O. F. ROBINSON, *The criminal law of Ancient Rome* cit. (nota 74 supra), p. 72 e nt. 266, pela vergonha que o crime gerava na vítima, exatamente como ocorre na atualidade. Ao realizar este comentário, a autora menciona apenas duas fontes sobre o *stuprum per vim*: Ulp. 2 *adult.*, D.48,5,14(13),7 e D.48,5,40pr..

Como mencionamos anteriormente, a violência sexual, na Roma Antiga, designada nas fontes jurídicas, dentre outras formas, como *stuprum per vim*, podia ser praticada indiferentemente contra pessoas dos sexos feminino e masculino, não sendo, pois, um crime apenas contra a mulher.

Como os sujeitos passivos eram homens e mulheres, a relação sexual imposta pela força poderia tanto ser a conjunção carnal ou o coito anal. As fontes não explicam quais relações sexuais caracterizam o crime, pois, certamente, esta era uma questão a ser analisada no caso concreto.

O Código Penal brasileiro, porém, indica o estupro como um crime contra a mulher na medida em que se trata de “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”²⁸⁷.

Esta legislação apresenta um outro tipo penal, o atentado violento ao pudor, não dirigido apenas aos homens, mas que também engloba a violência de índole sexual contra o gênero masculino, pois aqui estão compreendidos os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, praticados contra homem ou mulher²⁸⁸.

Talvez esta separação, entre tipos penais, de espécies de violência sexual decorra da construção do estupro como uma figura criminal fundamentada em questões religiosas e da possibilidade de gravidez, o que denotava a atuação do questionado direito penal de gênero²⁸⁹.

A antiga doutrina penalista brasileira chegava mesmo a afirmar que o atentado ao pudor era menos grave que estupro.

Assim, H. C. FRAGOSO²⁹⁰, defendia que o estupro não podia concorrer com o atentado violento ao pudor que, segundo o autor, seria sempre uma ofensa menor ao mesmo bem jurídico, configurando-se, portanto, um crime progressivo.

Este não é o entendimento moderno, já que alguns atos que caracterizam o atentado violento ao pudor, tais como o coito anal e a *fellatio in ore* ocorridos em virtude de

²⁸⁷ Cf. Art. 213, do CP: “Pena- reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”.

²⁸⁸ Cf. Art. 214, do CP: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena- reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”. Tanto o estupro como o atentado violento ao pudor são considerados crimes hediondos. Cf. Art. 1º, incs. V e VI, da Lei 8072, de 25 de julho de 1990. D. E. JESUS, *Código penal anotado*, 11ª ed., 2001, São Paulo, Saraiva, 2001, elenca algumas hipóteses de atos libidinosos, pp. 719-720: passar a mão nas pernas ou nádegas ou seios da vítima, beijo lascivo, coito anal e sexo oral.

²⁸⁹ Quanto às base em que foi formatado o delito de estupro, R. M. JORGE SILVEIRA, *Crimes sexuais* cit. (nota 87 supra), p. 361.

²⁹⁰ *Lições de Direito Penal – Parte Especial*, vol. 2, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 8. Neste mesmo sentido a clássica obra de C. GUSMÃO, *Dos crimes sexuais. Estupro, atentado violento ao pudor, sedução e corrupção de menores*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2001, p. 165.

violência ou grave ameaça, podem ser tão ofensivos e humilhantes quanto a conjunção carnal descrita no delito de estupro, sendo incorreto afirmar que o atentado violento ao pudor referia-se sempre a um bem jurídico de menor potencial ofensivo, quando comparado com o estupro.

Neste sentido E. MAGALHÃES NORONHA²⁹¹ já criticava severamente a fato do crime de estupro ter como sujeito passivo apenas a mulher, pois, quando o crime é praticado contra homens, via de regra, contra meninos impúberes, o estupro denuncia patente perversão e periculosidade do agente. O jurista sustentava que o coito anal ou a *fellatio in ore* praticado nesta circunstância representava algo mais que o atentado ao pudor.

Atualmente tanto a doutrina penalista²⁹² como a sociedade organizada têm ressaltado a necessidade de reformulação do tipo penal estupro para evitar alguns anacronismos e preconceitos que permeiam a nossa legislação penal.

Um problema apontado nas legislações modernas sobre os crimes sexuais é a tradicional separação, nos códigos penais²⁹³, dos delitos estupro (realizado mediante conjunção carnal violenta) e atentado violento ao pudor (consumado por outros atos libidinosos que não a conjunção carnal), sendo que, em alguns casos, o primeiro delito acarreta uma sanção penal maior do que o segundo²⁹⁴.

Este tratamento diferenciado demonstra que o legislador busca proteger, com maior severidade, a procriação legítima, já que há maior penalidade no crime que envolve conjunção carnal (estupro)²⁹⁵. Tem sido, este aspecto, um elemento chave no recente debate sobre a reforma penal na Europa. A proposta que tem atingido maior destaque propugna, justamente, pela unificação dos dois tipos penais²⁹⁶.

²⁹¹ *Crimes Contra os Costumes – Comentários aos arts. 213 a 226 e 108 n. VII do Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 1943, pp. 34-35.

²⁹² Destacamos, neste sentido, o posicionamento de R. M. JORGE SILVEIRA, *Crimes sexuais* cit. (nota 87 supra), pp. 362-363: “em princípio, deve-se prever uma figura nos moldes do que hoje se encontra genericamente em países como Alemanha, Espanha ou Portugal, consagrando-se como recriminada, em termos unos, a conduta de prática sexual invasiva forçada mediante acesso vaginal, anal ou bucal, já que todas, de forma similar, atentam contra a dignidade humana. Note-se que isso pode se dar não somente em termos de introdução peniana, como também de qualquer outro objeto, no que, v.g., poderia denominar, a exemplo do que se dá na França, de violação. Dever-se-ia fazer previsão a práticas não-invasivas, mas por certo, mais atentatórias do que simples ato contravençional de importunação ofensiva ao pudor. Estas, com penas significativamente mais atenuadas, devem, como meta final, traçar uma diferenciação estrutural do que hoje se percebe por absurdo no tipo tão aberto como o do atentado violento ao pudor. Seriam consideradas, pois, como agressões sexuais de menor monta”.

²⁹³ Assim, por exemplo, pode-se citar o art. 217 do Código Penal do México, de 1931.

²⁹⁴ Este não é o caso brasileiro, pois a sanção prevista para ambos os crimes é a mesma.

²⁹⁵ A. L. SABADELL, *Dalla “donna onesta” alla piena cittadinanza delle donne. Riflessioni su alcune aporie della problematica penale in materia di delitti contro l’autodeterminazione sessuale* in *Dei Delitti e delle Pene* 6 (1999), p. 178.

²⁹⁶ A. L. SABADELL, *Dalla “donna onesta”* cit. (nota 295 supra), p. 178. Podemos mencionar, por exemplo, a reforma operada na Itália em 1996, quando houve a unificação, em apenas um tipo penal, denominado

Destacamos, neste sentido, o Projeto de Lei n. 117-C²⁹⁷, de 2003. Tratava-se de substitutivo de uma proposta inicialmente elaborada pela Deputada Iara Bernardi, aperfeiçoando-a e complementando-a. Embora este projeto tenha sido rejeitado em novembro de 2004²⁹⁸, mantendo-se basicamente a proposta anterior (Projeto de Lei n. 117-B/2003), a qual culminou na aprovação da já mencionada Lei n.11.106/05, ela é extremamente relevante, pois representou a manifestação do anseio social pela necessária reforma da legislação penal sexual.

O objetivo do Projeto de Lei n. 117-C/03 era a substituição do *nomen juris* “estupro” por “violação sexual”. O novo tipo penal seria expresso desta forma “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, à prática de relação sexual”.

Haveria, desta forma, a unificação do estupro e do atentado violento ao pudor. Este último crime, por outro lado, seria denominado “abuso sexual”, significando “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou a submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da relação sexual”.

Por fim, haveria a definição, no Código Penal, de relação sexual como “(...) qualquer tipo de introdução por via vaginal, anal ou oral, limitando-se, neste último caso, à introdução de órgãos sexual”.

Diante da rejeição destas propostas, o tema ainda continua sendo debatido diante da urgente necessidade de reforma para adequar a legislação penal.

Diante destas informações, podemos traçar algumas conclusões:

a) o estupro violento, no direito romano, era um crime contra a pessoa (livre), protegendo tanto os homens como as mulheres diante da imposição de relações sexuais forçadas. Trata-se da manifestação do princípio da isonomia tão almejada nos tempos modernos;

b) a legislação brasileira ainda mantém o estupro como um crime exclusivamente contra a mulher, restringindo-o ao ato da conjunção carnal, o que demonstra a antiga proteção que a sociedade brasileira dirigia à constituição de prole legítima em detrimento da proteção da integridade física e psíquica da vítima. Isto explicaria a necessidade que o

“*violenza sessuale*”, de delitos anteriormente designados como *violenza carnale*, *congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale*, *atti di libidine violenti* e, parcialmente, *corruzione di minorenni*. O art. 609-bis, do Código Penal italiano recebeu a seguinte redação: “*Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso de autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni*”.

²⁹⁷ A relatora deste Projeto de Lei n. 117-C/2003 foi a Senadora Serys Slhessarenko.

²⁹⁸ Consoante o parecer do Deputado Antônio Carlos Biscaia.

legislador encontrou de criar dois tipos penais para disciplinar uma mesma realidade: a violência sexual, perpetrada via vaginal, anal e bucal.

c) curiosamente, as propostas de unificação dos tipos penais estupro e atentado violento ao pudor, buscam alcançar uma formulação da violência sexual semelhante à previsão do *stuprum per vim*, o que demonstraria a importância que a reflexão histórica do direito pode trazer para a solução dos problemas jurídicos atuais.

IV. O debate da doutrina romanística relativo à legislação aplicada na repressão do *stuprum per vim*

1. Aspectos preliminares aos sistemas repressivos do *'stuprum per vim'*

Utilizando o já citado método de análise utilizado por F. BOTTA²⁹⁹, ou seja, de fragmentar os fatores constitutivos do crime (*stuprum* e *vim*), e considerando que o *stuprum violentum* não teve uma autonomia repressiva durante a evolução do direito romano, podemos admitir que tal crime foi atraído para o âmbito repressivo de crimes afins, como o *stuprum voluntarium* e o *crimen vis*.

Ademais, em época epiclássica esta *fattispecie* aparece no âmbito da *iniuria*, punido *extra ordinem*, como comprovariam alguns fragmentos de Paulo: PS. 5,4,1 e 5,4,4³⁰⁰.

Esta situação justifica os diferentes posicionamentos doutrinários dos romanistas que se ocuparam do tema, os quais, em sua maioria, defendem a existência de uma unidade clássica reprimindo o crime ou por meio do estupro consensual, ou pelo crime de violência ou, ainda, através da injúria.

Há, pois, uma séria divergência doutrinária no tocante à repressão do estupro violento: teria ela ocorrido originalmente por meio das *leges de vi*³⁰¹ ou mediante uma posterior extensão do conteúdo destas leis? Ou, ainda, tal repressão teria sido efetivada através da aplicação da *lex Iulia de adulteriis*^{302?303} E, por fim, a punição *extra ordinem* da

²⁹⁹ *'Per vim inferre'* cit. (nota 2 supra), p. 15.

³⁰⁰ F. BOTTA, *'Per vim inferre'* cit. (nota supra), p. 27.

³⁰¹ Assumindo o posicionamento de que o *stuprum per vim* era, já no período clássico, submetido à repressão do crime de violência, dentre outros, T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit. (nota 65 supra), p. 406; F. GORIA, *Ratto (diritto romano)*, in *ED* (38) 1987, p. 715, nt. 45 2 G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis* cit. (nota 198 supra), p. 255; J. F. GARDNER, *Women in roman law* cit. (nota 47 supra), p. 118; J. PLESCIA, *The development of the doctrine* cit. (nota 252 supra), p. 303; e C. FERRINI, *Diritto penale romano* cit. (nota 276 supra), p. 367.

³⁰² Entendendo que o estupro violento era reprimido, no direito clássico, através da lei Júlia dos adultérios, G. FLORE, *Di alcune casi si 'vis publica'*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, v. 4, Milano, Fratelli Treves, 1930, p. 349 e nts. 47 e 48; e R. BAUMAN, *The rape of Lucretia. 'Quod metus causa' and criminal law*, in *Latomus* (52) 1993, p. 557.

³⁰³ Apresentando estas questões, D. DALLA, *"Ubi venus mutatur"* cit. (nota 262 supra), p. 119: *"La repressione della violenza carnale potrebbe infatti (ed è grossa questione in dottrina) esser avvenuta tramite le leges de vi, (e in questo senso depongono i frammenti del Digesto infra considerati), ovvero per successiva estensione delle stesse leggi, o anche tramite la stessa lex Iulia de adulteriis"*. Ainda mencionando esta discordância doutrinária, G. LONGO, *La repressione* (nota 261 supra), p. 493.

³⁰³ Mencionando as divergências, D. DALLA, *"Ubi venus mutatur"* cit. (nota 262 supra), p. 119

*iniuria*³⁰⁴ teria sido um meio de repressão do *stuprum violentum* durante qual momento histórico?

Considerando-se que o *stuprum per vim* fosse inserido da repressão do *crimen vis*, ainda permanece uma *grave e insoluta* questão, como afirma V. ARANGIO-RUIZ³⁰⁵. Seria o caso de violência pública ou de violência privada³⁰⁶?

Ademais disso, na opinião de F. BOTTA³⁰⁷, existem fontes de eminentes autores, a partir do séc. IV, comprovando que perseguição da violência carnal passou a se confundir com a perseguição do rapto, em razão da semelhança entre os elementos constitutivos de ambos os ilícitos.

Ressalte-se, porém, que G. LONGO³⁰⁸ não acredita que estes crimes tenham sofrido um igual desenvolvimento normativo.

Como consequência deste desacordo, surge uma variedade de soluções apresentadas pela doutrina.

As hipóteses defendidas privilegiam soluções dirigidas à uma presumida unidade “clássica” das modalidades de repressão da *fattispecie* criminosa, ora atraída no âmbito do *adulterium/stuprum*, ora para a *vis*, ora para a *iniuria* sacionada *extra ordinem*³⁰⁹.

F. BOTTA³¹⁰, diferentemente dos demais pesquisadores, inova ao não acreditar que havia um sistema repressivo unitário no período clássico. Para ele, aqueles que defendem uma “unidade” clássica, fundados em críticas interpolacionistas, desconsideram reconstruções diversas que demonstrariam uma contraditória casuística no direito clássico.

³⁰⁴ Abordando a repressão pelo sistema da injúria, R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit. (nota 268 supra), p. 126. Este autor defende a tese, fundamentando-se em C.9,7,7, de que, já no séc. III, a repressão ocorria por meio da injúria. F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 27, ademais, destaca o período epiclássico.

³⁰⁵ *La legislazione*, in V. ARANGIO-RUIZ et al., *Augustus: studi in occasione del bimillenario augusteo*, Roma, Tipografia della R. Accademia Nazionale dei Lincei, 1938, p. 111.

³⁰⁶ Considerando a hipótese de *vis privata*, F. GORIA, *Ratto (diritto romano)*, in *ED* (38) 1987, p. 709.

³⁰⁷ ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 27. Cf. Marcian. 14 inst. D.48,6,5,2: *Qui vacantem mulierem rapuit vel nuptam, ultimo supplicio punitur et, si pater iniuriam suam precibus exoratus remiserit, tamen extraneus sine quinquennii praescriptione reum postulare poterit, cum raptus crimen legis iuliae de adulteris potestatem excedit*. [Aquele raptou uma mulher, casada ou não, é castigado com a última pena; e ainda que o pai daquela houver perdoado o crime, movido pelas súplicas, sem dúvida, poderá, uma pessoa estranha, apresentar a acusação, sem ter que esperar o prazo de cinco anos, já que o crime de rapto excede o âmbito de aplicação da lei Júlia sobre os adultérios]. Porém, uma relação mais articulada entre os ilícitos penais é encontrada, segundo este autor, em C. Th.9,24,1e, no direito justinianeu, em C.9,13,1 e N.143 e 150. Nesta mesma perspectiva encontram-se os seguintes trabalhos: F. GORIA, *Ratto* cit. (nota 301 supra), p. 708; e S. PULIATTI, *La dicotomia ‘vir-mulier’ e la disciplina del ratto nelle fonti legislative tardo-imperiale*, in *SDHI* (61) 1996, p. 478.

³⁰⁸ *La repressione della violenza* cit. (nota 261 supra), p. 493: “*Si sono anche espressi dubbi in dottrina circa l’inclusione tra i casi di violenza pubblica dello stupro violento e del ratto a fine di libidine. Il ritenere una conforme esegesi per le due ipotesi e una uguale derivazione storica non mi convince*”.

³⁰⁹ F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 28.

³¹⁰ F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), pp. 28-29.

Na realidade, defende este romanista, a análise das fontes justinianéias e bizantinas não confirmam a tese interpolacionista.

Assim, este autor defende a tese de que os juristas clássicos apresentavam sistemas repressivos diversos para a solução de um mesmo crime. A oscilação das fontes que chegaram até nós seria a consequência da contraditória casuística dos clássicos.

Por outro lado, F. LUCREZI³¹¹, acredita que ao *stuprum per vim* eram aplicadas as penas previstas na lei Júlia sobre os adultérios pelo menos até a época de Diocleciano, quando este crime teria sido reprimido *extra ordinem*. Todavia, sustenta o autor, o mesmo fato antijurídico poderia ser processado por meio de juízos diferentes, em *concursum causarum*, através da *iniuria*.

No entendimento deste romanista, é muito provável que a violência, em relação ao agressor, fosse substancialmente irrelevante, pois ela era “absorvida” pela geral sanção do adultério³¹².

Todas estas divergências surgem principalmente da análise de dois importantes fragmentos concernentes ao tema e contidos no Digesto: Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,3,4; Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29),9.

Alguns romanistas, que defendem a autenticidade dos fragmentos supracitados, acreditam que, nas primeiras décadas do séc. III a.C., já havia sido teorizada a repressão específica de determinadas prática criminosas, como o estupro violento, na repressão geral da *vis*³¹³.

Em oposição, outros estudiosos sustentam a tese interpolacionista, ou seja, de que a repressão *ex lege Iulia de vi publica* tenha apenas ocorrido no período pós-clássico³¹⁴.

Alguns autores, dentre os quais G. FLORE³¹⁵, J. CÖROI³¹⁶ e H. NIEDERMAYER³¹⁷, entenderam que tal classificação do crime em tela apenas foi introduzida na compilação de Justiniano.

³¹¹ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), pp. 18-19.

³¹² F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 19.

³¹³ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., pp. 385-386; DALLA, ‘*Ubi Venus mutatur*’ cit. (nota 262 supra), p. 121; G. RIZZELLI, *Le donne nell’esperienza* cit. (nota 13 supra), p. 68; F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota supra), p. 59 e F. BOTTA, ‘*Stuprum per vim illatum*’ cit. (nota 2 supra), p. 92. Destaca-se ainda M. MOLÈ, ‘*Stuprum*’ cit. (nota supra), p. 582, especialmente no tocante à autenticidade do passo de Marciano.

³¹⁴ G. FLORE, *Di alcuni casi* cit. (nota 302 supra), p. 348 e U. BRASILELLO, *La repressione penale* cit. (nota 283 supra), p. 226, acolhendo a tese do primeiro. Também neste sentido e mais recentemente, F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 24.

³¹⁵ *Di alcuni casi de vis publica* cit. (nota 302 supra), p. 384.

³¹⁶ *La violence en droit criminel romain*, Paris, Librairie Plon, 1915, p. 214.

³¹⁷ *Crimen plagii und crimen violentiae: zur Geschichte juristischer Begriffe*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d’insegnamento*, v. II, Milano, Fratelli Treves Editori, 1930, p. 411.

Desta forma, entendemos ser interessante, em primeiro lugar, analisar, de forma concisa, a evolução os crimes *iniuria*, *adulterium* e *vis*, considerando, respectivamente, o conteúdo de cada crime e a sua repressão durante a evolução do direito romano, bem como as aspectos que poderiam ter atraído, nos seus sistemas repressivos, o *stuprum violentum*.

Posteriormente, procederemos às exegeses das principais fontes sobre o tema, as quais representam a causa da mencionada divergência doutrinária. Somente após estes estudos será possível apresentar a nossa conclusão sobre estes questionamentos.

2. “Iniuria”

Seguindo as explicações de V. DEVILLA³¹⁸, o termo *iniuria*, em sentido amplo, era qualquer ato contrário à ordem jurídica, em contraposição ao *ius*. Porém, em sentido estrito, este termo designava uma série de delitos abrangidos por esta denominação e caracterizados, inicialmente, por lesões corporais e, num momento posterior, também por ofensas à honra ou à condição jurídica de uma pessoa.

Este autor acrescenta que a *iniuria* teve seu conteúdo alterado durante a evolução do direito romano³¹⁹. Tal *delictum*, afirma, é um dos mais antigos e obscuros da ciência jurídica romana³²⁰.

Desta forma, o estudo do tema apresenta uma série de dificuldades.

A Lei das XII Tábuas³²¹ previa apenas três hipóteses, todas vinculadas à agressão física, do delito: *membri ruptio*, *os fractum* e lesões corporais leves (*iniuria* pura e simples). Havia a previsão legal da exata pena aplicada a cada uma destas situações, o que acabava gerando alguns inconvenientes³²².

Porém, no final da República e durante o Principado, o direito pretoriano trouxe algumas relevantes modificações, como a maior liberdade para o magistrado estimar a pena nos casos concretos e, além disso, por meio da interpretação extensiva, foi ampliado o conteúdo da injúria para também compreender todas ofensas à honra³²³. Desta forma, a antiga idéia de *iniuria*, baseada em lesões corporais, cedeu lugar para a idéia de *contumelia*, de ofensa moral³²⁴.

Neste meio, havia um *edictum generale*³²⁵, seguido por outros que trataram de determinadas questões, como o *edictum de adtemptata pudicitia*³²⁶ voltado à proteção do

³¹⁸ “Iniuria”, in *NNDI* 8 (1962), p. 705.

³¹⁹ As penas também eram variadas e sofriam alterações conforme o período. Cf. K. Z. MÉHÉSZ, *La injuria en derecho penal romano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, p. 49.

³²⁰ V. DEVILLA, “Iniuria” cit. (nota 318 supra), p. 705.

³²¹ Cf. Tábua 6,2-3. Como observa G. PUGLIESE, *Studi sull’iniuria*, v. 1, Milano, Giuffrè, 1941, p. 1, o regime jurídico da injúria, consoante a regulamentação da Lei das XII Tábuas, é encontrado em dois famosos textos: Gai. 3,223 e *Coll.* 2,5,5.

³²² V. DEVILLA, “Iniuria” cit. (nota 318 supra), p. 705.

³²³ V. DEVILLA, “Iniuria” cit. (nota 318 supra), p. 705.

³²⁴ V. DEVILLA, “Iniuria” cit. (nota 318 supra), p. 705.

³²⁵ Cf. Ulp. 72 *ad ed.*, D.47,10,15,26: “*Hoc edictum supervacuum esse Labeo ait, quippe cum ex generali iniuriarum agere possumus. Sed videtur et ipsi Labeoni (et ita se habet) praetorem eandem causam secutum voluisse etiam specialiter de ea re loqui: ea enim, quae notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta*”.

³²⁶ Segundo J. F. GARDNER, Jane F., *Women in Roman Law* cit. (nota 47 supra), p. 117, este delito teria sido implantado ainda durante a República e faria parte não do crime de estupro violento, mas do “*sexual harassment*”, o qual era efetivado quando um homem dirigia-se de forma desonrosa a uma mulher virgem ou casada ou quando retirava a acompanhante da proximidade destas mulheres.

pudor das mulheres, quando estas eram seguidas indevidamente³²⁷ ou quando a elas eram dirigidas palavras desonrosas. Posteriormente, todos os editos especiais foram reunidos na *actio iniuriarum aestimatoria*³²⁸.

Neste momento, o traço característico mais forte da *iniuria* foi a ofensa moral e não a lesão física, de forma a compreender qualquer insulto ao direito de personalidade. Com a *lex Cornelia de iniuriis*³²⁹ de Sila, foi considerada *iniuria* ofensas materiais, o *verberare*, o *pulsare* e a violação de domicílio. O processo penal, então, ocorria através das *quaestiones perpetuae*, as quais culminavam na estipulação de uma pena pecuniária³³⁰.

A legislação imperial, gravada na legislação justinianéia, por outro lado, buscou dirigir este delito privado no conceito de pena pública. Assim, os casos de injúrias mais graves passaram a ser compreendidos entre os *crimina extraordinaria*³³¹.

Adverte, V. GIUFFRÈ³³², que no final do Principado vários tipos de injúrias foram punidas mediante penas corporais públicas, da flagelação à *deportatio*, da *opus publica* à pena de morte. Neste momento, afirma o autor, foram compreendidos na idéia de injúria os seguintes atos: *pulsatio*, *verberatio*, difamação, ofensas à honra e ao decoro, ofensas sexuais e algumas violações ao pudor.

A violação ao pudor, à honestidade, era uma hipótese ampla, consistindo em tornar impudica qualquer pessoa pudica, inclusive os escravos³³³.

Por fim, como a ação de injúria³³⁴ compreendia o ressarcimento do dano, no direito justinianeu, o seu caráter meramente penal foi perdendo importância. A partir deste

³²⁷ Cf. Ulp. 77 *ad ed.*, D.47,10,15,22-23: “*Aliud est appellare, aliud adsectari: appellat enim, qui sermone pudicitiam adtemptat, adsectatur, qui tacitus frequenter sequitur: adsiduo enim frequentia quasi praebet nonnullam infamiam. Meminisse autem oportebit non omnem, qui adsectatus est, nec omnem, qui appellavit, hoc edicto conveniri posse (neque enim si quis colludendi, si quis officii honeste faciendi gratia id facit, statim in edictum incidit), sed qui contra bonos mores hoc facit*”.

³²⁸ V. DEVILLA, “*Iniuria*” cit. (nota 318 supra), p. 705.

³²⁹ Esta lei, do séc. I a. C., estabeleceu, somente em relação aos citados ilícitos, um procedimento diante de uma espécie de *quaestio*, para possibilitar à parte lesada uma pena pecuniária. Cf. V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell’esperienza romana*, 5ª ed., Napoli, Jovene, 1998, pp. 113-114.

³³⁰ V. DEVILLA, “*Iniuria*” cit. (nota 318 supra), p. 705-706.

³³¹ V. DEVILLA, “*Iniuria*” cit. (nota 318 supra), p. 705. U. BRASIELLO, *La repressione penale* cit. (nota 283 supra), pp. 200-201, recorda que a necessidade de repressão extraordinária ocorreu em primeiro lugar para aqueles punidos com pena pecuniária, ou seja, com uma sanção muitas vezes moderada. Desta forma, a pena aplicada deixou de ser aquela originalmente prevista em lei e o magistrado passou a decidir baseando em vários elementos de fato. Neste sentido o autor menciona Herm. 5 *epit.*, D.47,10,45: “*De iniuria nunc extra ordinem ex causa et persona statui solet. Et servi quidem flagellis caesi dominis restituuntur, liberi vero humilioris quidem loci fustibus subiciuntur, ceteri autem vel exilio temporali vel interdictione certae rei coercentur*”.

³³² *La repressione criminale* cit., p. 114.

³³³ Cf. Ulp. 57 *ad ed.*, D.47,10,9,4: “*Si quis tam feminam quam masculum, sive ingenuos sive libertinos, impudicos facere adtemptavit, iniuriarum tenebitur. Sed et si servi pudicitia adtemptata sit, iniuriarum locum habet*”. Comentando esta questão, K. Z. MÉHÉSZ, *La injuria en derecho penal* cit. (nota 318 supra), p. 29.

momento, diante de uma ofensa, a parte lesada poderia escolher a aplicação *extra ordinem* de uma pena corporal pelo magistrado ou a simplesmente a ação de injúria³³⁵.

Após esta breve análise sobre a evolução deste delito, passemos ao debate da doutrina sobre a eventual disciplina do estupro violento pelo sistema repressivo da *iniuria*.

Na opinião de F. LUCREZI³³⁶, até a promulgação da *lex Iulia de adulteriis coercendis* (17 ou 16 a.C.), o antigo delito de *iniuria* foi o principal título jurídico para a consecução do ressarcimento por parte daquele que houvesse agredido sexualmente uma pessoa livre. Ademais, entende o autor, até o período imperial a prática de conjunção carnal violenta era, com frequência, reprimida, *extra ordinem*, como *corpori iniuria*. Todavia, o autor afirma que, apesar das Sentenças de Paulo (P.S. 5,4,4 e 14) indicarem a pena de morte para o crime, provavelmente, até o Dominato, a condenação foi pecuniária.

A reparação teria, pois, ocorrido mediante uma ação privada. Contudo, após a criação, ordenada por Sila, do tribunal *de iniuriis*, provavelmente não permanente, o juízo passou a ter uma natureza híbrida, pública e privada, já que se tratava de uma *quaestio* criminal, mas que apenas poderia ser promovida pela própria parte lesada e com o fito de receber um ressarcimento pecuniário do réu³³⁷.

Para este autor, portanto, deste as XII Tábuas, a violência era reprimida através da injúria e punida com uma pena pecuniária. Além disso, no ano 17 ou 16 a. C., a repressão teria ocorrido principalmente através da lei dos adultérios. A repressão por meio da injúria apenas teria punido o estupro violento com a morte após o Dominato.

Discordamos deste autor, pois, como vimos, a ampliação do conteúdo da injúria ocorreu apenas no final da República. Logo, antes deste período, as hipóteses de *iniuria* eram restritas e não podiam compreender a violência carnal.

Por outro lado, também não concordamos com a afirmação de que a punição teria sido através de uma sanção pecuniária até o Dominato. Não existem fontes que comprovem esta tese. Aliás, foi observado que, na época imperial, as penas dirigidas à

³³⁴ Segundo K. Z. MÉHÉSZ, *La injuria en derecho penal* cit. (nota 318 supra), p. 41, um caráter intrínseco desta ação era tendência à vingança pessoal.

³³⁵ V. DEVILLA, “*Iniuria*” cit. (nota 318 supra), p. 705. Cf. C.9,35,8.

³³⁶ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 15. Este autor fundamenta a sua opinião nas seguintes fontes: P. S. 5,4,1, 5,4,4 e 5,4,14 (=Paul. 5 sent. D.47,11,1,2). No mesmo sentido destacamos os seguintes estudiosos: G. FLORE, *Di alcuni casi di ‘vis publica’*, in *Studi Bonfante* 4, Milano, 1930, p. 349; D. DALLA, ‘*Ubi Venus mutatur*’ cit. (nota 262 supra), pp. 118 ss. Destaca-se ainda a opinião de J. PLESCIA, *The development of the doctrine* cit. (nota 252 supra), p. 307, de que o delito privado de injúria foi o meio de repressão do *stuprum per vim* no período arcaico. Todavia, este autor não fundamenta a sua opinião.

³³⁷ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 15. Cf. Paul. 8 ad ed. D.3,3,42,1. Em I. 4,4,10, há a explicação de que em toda espécie de injúria surgia o direito à ação civil e à ação penal. No primeiro caso era estabelecida uma pena pecuniária. Tratando-se de ação penal, cabia ao juiz estabelecer de ofício uma pena extraordinária ao culpado.

injúria tornaram-se públicas e, no final do Principado, chegaram a incluir até mesmo a pena de morte. Assim, esta punição poderia já ser aplicada *extra ordinem* durante o período clássico.

M. BALZARINI³³⁸, entende ser necessário admitir que o estupro fosse punido, desde período clássico, também *extra ordinem*, em conexão com a repressão da *iniuria*.

U. BRASIELLO³³⁹, analisando o textos contidos em Paul. 5 *sent.*, D.47,11,1,2³⁴⁰ (P.S. 5,4,14), sobre alguns casos de repressão *extra ordinem* da injúria, afirma que o estupro devia ter sido subsumido na *iniuria* no período clássico. Ademais, ele teria recebido uma punição extraordinária, já que, pela gravidade do crime, exigia-se uma pena diversa e mais gravosa do que aquela da injúria simplesmente.

Entretanto, é fundamental observar que a maior parte doutrina recente posiciona-se no sentido de que a caracterização do estupro violento como *corpori iniuria* foi o resultado de uma reflexão posterior ao séc. III. Logo, como afirma G. RIZZELLI³⁴¹, “nem todos os juristas clássicos concordavam em usar a noção de *iniuria* pelo *stuprum* reprimido *extra ordinem*”.

Interessantes informações sobre a ligação entre o *stuprum* violento e a injúria podem ser extraídas das seguintes passagens das Sentenças de Paulo: P.S. 2,26,12, P.S. 5,4,1 e P.S. 5,4,4. Alguns autores também mencionam, quanto ao tema, o fragmento descrito em P.S. 5,4,14³⁴² que, porém, entendemos tratar propriamente do crime de sedução.

Vamos iniciar a análise com o fragmento que determina a aplicação da pena capital ao estupro realizado sem o consentimento da vítima:

³³⁸ ‘De iniuria extra ordinem statui’. *Contributo allo studio del diritto penale romano dell’età classica*, Padova, CEDAM, 1983, p. 199. Esta também é a opinião de L. DESANTI, ‘Interpellare de stupro’ cit. (nota 199 supra), p. 131, nt. 6, a qual encontra a confirmação do seu entendimento em C.9,9,7. Nesta passagem, o imperador concede a uma virgem violentada o direito de perseguir a sua injúria. Este mesmo fundamento é utilizado por R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit. (268), p. 126.

³³⁹ *La repressione penale* cit. (nota 283 supra), p. 266.

³⁴⁰ “Qui puero stuprum abducto ab eo vel corrupto comite persuaserit aut mulierem puellamve interpellaverit quidve impudicitiae gratia fecerit, domum praeberit pretiumve, quo is persuadeat, dederit: perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur: corrupti comites summo supplicio adficiuntur”.

³⁴¹ G. RIZZELLI, ‘Lex Iulia de adulteriis’. cit. (nota 198 supra), p. 252. F. BOTTA, ‘Per vim inferre’ cit. (nota 2 supra), p. 27, afirma que tal *fattispecie* foi conduzida à hipótese de *iniuria*, punida *extra ordinem*, em época epiclássica.

³⁴² P.S. 5,4,14: “Qui puero praetextato stuprum aliudve flagitium abducto ab eo vel corrupto comite persuaserit, mulierem puellamve interpellaverit, quidve pudicitiae corrupendae gratia fecerit, donum praeberit pretiumve, quo id persuadeat, dederit, perfecto flagitio capite punitur, imperfecto in insulam deportatur: corrupti comites summo supplicio adficiuntur”. Assim, por exemplo, G. FLORE, *Di alcuni casi de vis publica* cit. (nota 302 supra), p. 349.

P.S. 2,26,12³⁴³ (=Coll. 5,2,1³⁴⁴): *Qui* Quem tiver estuprado um homem livre *masculum liberum invitum stupraverit*, sem o seu consentimento, será punido com *capite punietur*. a pena capital.

O título V da *Collatio* referia-se aos estupradores. Na sua disciplina estava a proibição da convivência entre homens, bem como das práticas de estupro violento ou consensual entre os mesmos. Curiosamente, a *Lex Dei* não previa o *stuprum per vim* contra a mulher.

Como observa D. DALLA³⁴⁵, o termo *invitus*, neste texto, certamente não fazia referência apenas à ausência de consentimento pelo fato da violência sexual. Aplicar-se-ia tal regra também ao caso de *stuprum* realizado com um sujeito passivo que não tivesse *plenum iudicium*, seja em razão da idade ou por outro motivo que justificasse a proteção de um incapaz.

Realizando o confronto entre P.S. 2,26,12 e P.S. 2,26,13, infere-se que o elemento caracterizador de um *stuprum* violento era justamente a ausência de consentimento do sujeito passivo da relação sexual. Não havendo expressa menção à *vis*, e sim à *voluntas*, na fonte, parece mais correto afirmar que fazia-se necessária uma profunda e correta análise da livre e consciente manifestação da vontade.

Assim, v. g., um homem livre e com insanidade mental plena não teria consciência da sua manifestação de vontade. E nesta hipótese, pode-se imaginar, ele não seria punido

³⁴³ *Liber Secundus*, Título 26: *De adulteriis*. O conteúdo das Sentenças de Paulo chegou até nós não diretamente, mas por meio de outras fontes, como a *Lex Romana Wisigothorum*, a *Collatio*, os *Vaticana fragmenta* e os *Digesta*. Cf. A. GUARINO, *L'esegese delle fonti* cit. (nota 229 supra), p. 484. Segundo F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, 2a. ed., Oxford, Clarendon, 1953, trad. it. de G. Nocera, *Storia della Giurisprudenza Romana*, Firenze, Sansoni, 1968, pp. 321-313, a opinião moderna entende que, na realidade, Paulo não foi o autor desta obra. Esta, todavia, teria sido escrita por algum jurista pós-clássico, principalmente ou exclusivamente através de trabalhos de Paulo. Além disso, afirma F. SCHULZ, tais Sentenças foram radicalmente revistas no período pós-clássico, no séc. III, quando foi utilizada, pelos práticos, como um cómodo manual. Então, ele conclui, o nosso texto atual possui evidente sinais pós-clássicos tanto no seu conteúdo quanto na sua forma. Por fim, menciona-se uma constituição de 327 (C.Th. 1.4.2) na qual Constantino enaltece a clareza e a validade destas Sentenças de Paulo: “*Universa, quae scriptura pauli continentur, recepta auctoritate firmanda sunt et omni veneratione celebranda. Ideoque sententiarum libros plenissima luce et perfectissima elocutione et iustissima iuris ratione succinctos in iudiciis prolatos valere minime dubitatur*”.

³⁴⁴ Esta passagem estava inserida no Título 5 da *lex Dei*, relativa à questão dos estupradores (*de stupratoribus*), enquanto o crime de adultério era disciplinado no Título 4, *de adulteriis*. O tema do Título 5 referia-se especialmente à repressão das relações homossexuais, com ou sem consentimento, entre homens. Cabe observar que a *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* é uma fonte de cognição do direito romano pós-clássico, tratando-se de um confronto entre os princípios jurídicos romanos, advindos de *iura* e de *leges*, com princípios mosaicos. Esta composição foi integrada por fragmentos das obras de Gaio, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino e do Código Gregoriano, bem como do Código Hermogeniano. Cf. A. GUARINO, *L'Esegesi delle fonti* cit. (nota supra), pp. 492-494.

³⁴⁵ “*Ubi venus mutatur*” cit. (nota 262 supra), p. 117.

pelo crime previsto em P.S. 2,26,13 (homossexualidade passiva), mas o sujeito ativo que com ele tivesse praticado um ato sexual, possivelmente recairia no conteúdo de P.S. 2,26,12.

Conforme a hipótese dominante, a *illatio stupri* apenas era inserida entre as *iniuriae in corpus*, reprimidas *extra ordinem* no caso em que a violação da pudicícia fosse perpetrada contra uma pessoa sem a existência do devido consento³⁴⁶.

O efeito injuriante da conduta sexual violenta decorre, no presente caso, do dissenso do *patiens*. Assim, afirma F. BOTTA, o *stuprum* violento passou a receber elementos próprios da *iniuria* e foi atraído, *extra ordinem*, ao âmbito repressivo deste delito³⁴⁷.

Apenas um estupro não consensual gerava, pois, a *contumelia*, de forma que o sujeito passivo passou a ser configurado explicitamente como vítima do crime³⁴⁸.

O fragmento contido em P.S. 2,26,12 referir-se-ia, não apenas ao estupro violento, mas também de prática sexual com uma pessoa livre sem pleno discernimento, isto é, incapaz de manifestar por si só a sua vontade.

Todos estes fatos, sustenta D. DALLA³⁴⁹, fundamentado em P.S. 2,26,12, eram punidos com a pena capital já no final do período clássico.

Ainda segundo o romanista supracitado, este tipo estupro era reprimido, no direito romano pré-clássico, pelos órgãos republicanos, através da apreciação do caso concreto e com base na genérica tutela da pudicícia³⁵⁰.

No final do período clássico, acrescenta, a aplicação da pena capital para este delito decorreu da repressão da violência carnal e da atração da *iniuria* para o âmbito da repressão criminal³⁵¹.

Embora o fragmento contido em P.S. 2,26,12³⁵² esteja inserido no título sobre adultério, como observa D. DALLA³⁵³, não se pode cogitar que a *lex Iulia de adulteriis* também regulasse o estupro violento, pois esta lei Júlia não estabelecia, como regra geral, a aplicação da pena capital aos adúlteros. Esta penalidade, por outro lado, seria mais coerente com o sistema repressivo do *crimen vis* e da *iniuria*.

³⁴⁶ Mencionando diversos estudiosos que analisaram o tema, F. BOTTA, '*Per vim inferre*' cit. (nota 3 supra), pp. 74-75.

³⁴⁷ '*Per vim inferre*' cit. (nota 2 supra), p. 76.

³⁴⁸ F. BOTTA, '*Per vim inferre*' cit. (nota 2 supra), p. 76.

³⁴⁹ '*Ubi venus mutatur*' cit. (nota 262 supra), p. 117.

³⁵⁰ D. DALLA, '*Ubi venus mutatur*' cit. (nota 2 supra), p. 118.

³⁵¹ D. DALLA, '*Ubi venus mutatur*' cit. (nota 2 supra), p. 118.

³⁵² *Liber Secundus*, Título 26: *De adulteriis*.

³⁵³ '*Ubi venus mutatur*' cit. (nota 262 supra), p. 119.

Feita a análise acima, cabe compreender em que medida o fragmento supracitado pode ser cotejado com o texto abaixo³⁵⁴:

P.S. 5,4,1 ³⁵⁵ : <i>Iniuriam patimur aut in corpus aut extra corpus: in corpus uerberibus et illatione stupri, extra corpus conuiciis et famosis libellis, quod ex affectu uniuscuiusque patientis et facientis aestimatur. 4. Corpori iniuria infertur, cum quis pulsatur cuiue stuprum infertur aut de stupro interpellatur. Quae res extra ordinem uindicatur, ita ut pulsatio pudoris</i> ³⁵⁶ <i>poena capitis vindicetur.</i>	Sofremos injúria no corpo ou fora do corpo: no corpo, com os golpes e com o estupro; fora do corpo, com o <i>convicium</i> ou com os libelos que violam a reputação, coisa que se avalia com base do consenso de cada um que sofra ou de quem realiza a injúria. 4. Provoca-se a injúria no corpo quando alguém é ferido ou é submetido ao estupro ou recebe propostas para realizar o estupro. O fato é punido <i>extra ordinem</i> , através da pena capital, assim como o atentado ao pudor.
--	---

Em P.S. 5,4 o argumento tratado é justamente a classificação da *iniuria*.

Aqui observamos uma breve explicação sobre os diferentes tipos de injúrias, especificamente sobre aquelas perpetradas no corpo e outras realizadas fora do mesmo. Dentro das hipóteses de injúrias corporais, no momento em que foram elaboradas as Sentenças de Paulo, além das lesões corporais, estava também compreendido o estupro violento.

E além desta precisa instrução, acrescenta-se o procedimento e a sanção atribuídos a este ilícito: aplicava-se a pena capital por meio da repressão *extra ordinem*.

T. MOMMSEN³⁵⁷, ao declarar que a violência carnal era reprimida através da mais severa lei Júlia sobre violência, ou seja, da *lex Iulia de vi publica*, apresenta a punição para

³⁵⁴ J. CÔROI, *La violence* cit. (nota 316 supra), p. 214, em sua obra, tece o seguinte comentário ao mencionar estas Sentenças de Paulo: “*En face de ces deux textes très catégoriques, il faut admettre, comme nous n’avons aucune preuve certaine que cette infraction figurait au texte de la loi Julia ‘de vi publica’, que sous le principat d’Auguste encore, et peut-être aussi au cours du I siècle, ce délit contre les mœurs fut poursuivi d’abord par les simples ‘multa rogatae’ des édiles curules ou de la plébe sans distinction aucune. Plus tard, il fu frappé aussi de la peine pour violence publique*”.

³⁵⁵ *Liber Quintus*, Título 4, *De iniuriis*.

³⁵⁶ L. DESANTI, ‘*Interpellare de stupro*’ cit. (nota 199 supra), p. 130 e nt. 5, entende que a locução *pulsatio pudoris* faz referência ao estupro consumado.

³⁵⁷ *Römisches Strafrecht* cit. (nota 65supra), pp. 385-386.

este grave crime: a pena capital. Ele fundamenta a aplicação desta pena justamente através de duas fontes: P.S. 2,26,12 (= Coll. 5,2,1) e P.S. 5,4,4.

É importante observar que a pena capital vem atribuída, nestas passagens das Sentenças, apenas ao caso de violência sexual³⁵⁸.

U. BRASIELLO³⁵⁹ afirma que o fragmento contido em P.S. 5,4,1 comprova a punição do *stuprum per vim* através da *iniuria*, sendo mesmo de origem clássica ou de pensamento clássico.

Em oposição G. PUGLIESE³⁶⁰, entende não haver qualquer prova textual de que o *stuprum per vim* foi regulamentado pelo sistema repressivo da injúria durante o direito romano. No tocante às passagens atribuídas a Paulo (P.S. 5,4,1 e 4), ele afirma tratar-se de um texto de autoria pós-clássica.

Isto ficaria claro, pois o seu autor, ao invés de mencionar a *actio iniuriarum*, referiu-se à repressão pública da *cognitio extra ordinem*³⁶¹.

A *iniuria*, neste fragmento, seria uma derivação do delito clássico de injúria que, no direito imperial, assumiu nova fisionomia. Todavia, adverte o autor, não há instrumentos para reconstruir a injúria no sistema das XII Tábuas.

Entendemos, porém, tratar-se de um texto de conteúdo clássico, assim como U. BRASIELLO e M. BALZARINI, pois, já nos primeiros anos do Principado o sistema da *cognitio extra ordinem* começou a ser implantado, ainda em concorrência com o sistema das *quaestiones perpetuae*³⁶².

Ademais, como vimos, durante o Principado, houve uma ampliação do conteúdo da *iniuria* e a aplicação inclusive da pena de morte nos casos mais graves, sendo que, no final deste período, a injúria também incluía ofensas de caráter sexual.

Desta forma, o conteúdo dos textos presentes nas mencionadas sentenças de Paulo apresentam-se adequados com a realidade clássica e indicam uma punição coerente com a gravidade do crime sexual violento.

³⁵⁸ É uma afirmação de L. DESANTI, '*Interpellare de stupro*' cit. (nota 199 supra), pp. 130-131 e nt. 5, o qual ressalta, ao investigar P.S. 5,4,4, que a locução '*pulsatio pudoris*' "*potrebbe essere stata adottata dal giurista tardo-classico per sottolineare la connessione dello stupro con la 'pulsatio' e, di conseguenza, con la categoria delle 'iniuriae in corpus'*".

³⁵⁹ U. BRASIELLO, *La repressione penale* cit. (nota 183 supra), p. 227. Defendendo igualmente o caráter clássico do fragmento, M. BALZARINI, *De iniuria extra ordinem statui*' cit. (nota 338 supra), p. 158.

³⁶⁰ *Studi sull'iniuria*' cit., pp. 35-36. Neste mesmo sentido, D. DALLA, "*Ubi venus mutatur*" cit. (nota 262 supra), p. 123.

³⁶¹ G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*' cit. (nota 321 supra), p. 36.

³⁶² Quanto à substituição do sistema das *quaestiones* pela *cognitio extra ordinem*, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 224 supra), p. 213.

3. “*Adulterium stuprum*”

A *lex Iulia de adulteriis coercendis*, obra do imperador Augusto, provavelmente de 18 a. C., surgiu num propósito moralizante, transformando o *stuprum* e o *adulterium* em *crimina publica*. Ela também criou uma *quaestio perpetua*, a *quaestio de adulteriis*³⁶³. Através desta medida legislativa, instituiu-se um tribunal estável, competente para julgar e impor penalidades em matéria dos crimes sexuais³⁶⁴.

Não há notícias seguras sobre a repressão do *adulterium* ou do *stuprum* durante a República. Na opinião de C. FERRINI³⁶⁵, provavelmente, neste momento, era aplicada, com maior frequência, a vingança privada do *paterfamilias* ou do marido, no caso de flagrante.

G. SCIASCIA³⁶⁶ afirma que a citada lei do imperador Otaviano Augusto foi a medida legislativa, sobre o adultério, mais draconiana e duradoura da história. A *lex Iulia* teria sido a mais rigorosa das leis, pois, na tradição jurídica de todos os povos, nunca houve uma intervenção tão profunda no seio da família. Ademais, a mesma teria sido duradoura porque suas normas vigoraram por mais de quinhentos anos, sendo, mais tarde, recompiladas na codificação de Justiniano e chegando até os códigos penais modernos.

Como ainda ressalta G. SCIASCIA³⁶⁷, a lei Júlia dos adultérios, também chamada de lei da pudicícia, foi, sem dúvida, a base humana mais firme da concepção cristã das relações entre cônjuges e da moralidade da família.

Para C. FERRINI³⁶⁸, o principal objetivo desta lei era proteger os bons costumes em sentido amplo e não apenas a ordem familiar.

Grandes jurisconsultos do período clássico e de épocas anteriores, como Papiniano, Paulo e Ulpiano, dedicaram-se ao estudo desta disposição legislativa, especialmente no ponto de vista procedimental³⁶⁹.

A *lex Iulia* apresentou-se numa relação de continuidade ideal com as anteriores medidas legislativas sobre o estupro e o adultério, evitando, assim, a formação de fraturas entre as novas normas e as antecessoras³⁷⁰.

³⁶³ H. ANKUM, *La captiva adultera. Problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique* in *RIDA* 39 (1985), pp. 154-155, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo* cit. (nota 224 supra), 1989, pp. 201-202 e J. A. C. THOMAS, *Accusatio adulterii* in *IURA* 12 (1961), pp. 65-66.

³⁶⁴ G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis* cit. (nota 198 supra), p. 10.

³⁶⁵ *Diritto penale romano* cit. (nota 225 supra), p. 360.

³⁶⁶ *A Lei Romana sobre os Adultérios*, São Paulo, Tip. Do Departamento de Investigações, 1951, p. 29.

³⁶⁷ *A Lei Romana sobre os Adultérios* cit. (nota 366 supra), p. 36.

³⁶⁸ *Diritto penale romano* cit. (nota 225 supra), p. 361.

³⁶⁹ G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis* cit. (nota 198 supra), p. 5.

³⁷⁰ G. RIZZELLI, ‘*Stuprum*’ e ‘*adulterium*’ cit. (nota 196 supra), pp. 355-356.

Mesmo sendo o resultado de uma prática normativa e jurisprudencial desenvolvida durante os séculos do império, a lei Júlia também sofreu influências de valores da época passada, gerando um processo sutil e evidente de mitificação. Esta, por sua vez, causa grande dificuldade no que se refere à reconstrução do conteúdo e da forma das medidas moralizantes antecedentes à citada lei³⁷¹.

Dificuldade semelhante é encontrada nas tentativas de descobrir as disposições originárias da lei em tela, pois há uma estreita conexão entre ela e as normas que a sucederam³⁷².

Considerável parte da doutrina romanista³⁷³ considera que a *lex Iulia* teria reprimido da mesma forma a infidelidade conjugal da mulher e a relação sexual ilícita com mulher solteira³⁷⁴. Para tanto, os estudiosos baseiam-se no uso fungível³⁷⁵ dos vocábulos *adulterium* e *stuprum* na lei de Augusto, conforme atestariam dois fragmentos no Digesto: Pap.1 *adult.* D. 48, 5, 6, 1 e Mod. 9 *diff.* D.50, 16, 101 pr..

³⁷¹ G. RIZZELLI, 'Stuprum' e 'adulterium' cit. (nota 196 supra), p. 356.

³⁷² Em relação a esta conexão entre a lei Júlia e as legislações anteriores e posteriores a ela, A. ESMEIN, *Le délit d'adultère* cit. (nota 6 supra), p. 72, acrescenta que o estudo da *lex Iulia* apenas será satisfatório se houver um exame paralelo das leis que a influenciaram e das que sofreram sua influência.

³⁷³ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit. (nota 65 supra), p. 426, E. VOLTERRA, *Per la storia dell'acusatio adulterii iure mariti vel patris*, Castello, Unione, 1928, pp. 6-7, A. GUARINO, *Studi sull'incestum* in SZ 63 (1943), p.181, L. CHIAZZESE, *Adulterio (diritto romano)* in NNDI 1 (1957), p. 322, G. BRANCA, *Adulterio (diritto romano)* in ED 1 (1958), p. 620, G. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale* cit. (nota 223 supra), p. 2, H. ANKUM, *La captiva adultera* cit. (nota 1 supra), p.157. No passado, boa parte da doutrina romanista costumava admitir ter a *lex Iulia* utilizado os termos *stuprum* e *adulterium* de forma fungível. Neste sentido, E. VOLTERRA, *Per la storia* cit (nota 373 supra), p. 5, nt.2, assinala que tanto os textos romanos literários quanto os jurídicos não faziam rigorosa distinção entre os dois termos. *Stuprum* designaria, principalmente nas fontes literárias, ora um conteúdo amplíssimo, ora o seu sentido jurídico restrito. Desta maneira, com tal vocábulo haveria, freqüentemente, a indicação de *adulterium*. O autor ainda salienta que este termo tem um significado variado na língua latina, designando, várias vezes, casos de estupro. Cf. Cic. *Phil.* 2, 33, 99, *In Verr.* 2, 5, 13, *Pro Mil.* 27, 72, *Sall. Bell. Cat.* 23, 3, *Sen. Contr.* 2, 15, *Benef.* 4, 32, *Svet. Ner.* 35, *Quint. Declam.* 18, 3, *Ambr. Abr.* 1, 4. A título de exemplo, em *Sall. Bell. Cat.* 23, 3, chama-se de *stuprum* a relação entre Quinto Curio e Fúlvia, mesmo sendo esta casada. Criticando o estudioso, observa G. RIZZELLI, 'Stuprum' e 'adulterium' cit. (nota 196 supra), p. 373, que, embora as fontes indicadas por aquele descrevam como *stuprum* comportamentos cuja gravidade supera a simples união fora do matrimônio, nenhuma, contudo, parece individualizar como *adulterium* outra hipótese que não a relação ilícita da mulher casada.

³⁷⁴ Destaca-se, porém, a opção de F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 18, no sentido de que foi certamente o *crimen adulterii* aquele efetivamente reprimido. Apesar da rígida moralidade de Augusto, a conjunção carnal com uma mulher livre e solteira era um ato amplamente praticado e restava impune.

³⁷⁵ Cf. Pap. 1 *adult.*, D.48,5,6,1: "*Lex stuprum et adulterium promiscui et kataxrystikwteron appellat. Sed proprie adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero conceptum composito nomine: stuprum vero in virginem viduamve committitur, quod Graeci fvoran appellant*" e Mod. 9 *diff.*, D.50,16,101 pr.: "*Inter 'stuprum' et 'adulterium' hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, stuprum in viduam committitur. Sed lex Iulia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur*". Cf. G. RIZZELLI, 'Lex Iulia de adulteriis' cit. (nota 198 supra), pp. 176 e 259; G. RIZZELLI, *Le donne nell'esperienza* cit. (nota 13 supra), p. 22; M. MOLE, 'Stuprum' cit. (nota 197 supra), p. 582.

G. RIZZELLI³⁷⁶ observa que, não obstante a citada fungibilidade do uso dos vocábulos, na época severiana já havia uma diferenciação entre os significados dos termos: o *adulterium* representaria a conduta culposa da mulher casada e o *stuprum*, a união sexual com uma virgem, uma viúva ou um infante.

Além disso, obras de autores de época república, do período de *Augustus* e do espaço de tempo posterior a este, já demonstram um uso diferenciado tanto de *stuprum* quanto de *adulterium*³⁷⁷.

Por outro lado, as reflexões dos juristas e as intervenções imperiais, nos dois primeiros séculos do Principado, modificaram substancialmente a disciplina. Desta forma, no citado período, a investigação sobre o uso dos vocábulos é baseada, quase exclusivamente, em fontes literárias de difícil interpretação e pouca clareza³⁷⁸.

Cabe salientar que a diferenciação e a definição dos termos em tela são de difícil compreensão, já que as fontes romanas que tratam do assunto são, muitas vezes, imprecisas e os textos de Direito Penal romano são, em sua maioria, soluções para casos particulares.

Quanto ao conteúdo desta lei, ela estabelecia um sistema repressivo para a punição do adultério em sentido estrito (relação sexual com mulher casada), do estupro consensual (prática de ato sexuais com mulher não casada e de condição honesta, *virgo* e *vidua*) e o lenocínio (exploração e auxílio à realização dos mencionados crimes)³⁷⁹.

Vejamos, então, o significado do *stuprum* e do *adulterium*, pois as fontes mencionam casos de violência sexual perpetrados contra mulheres casadas³⁸⁰ e solteiras³⁸¹. Através do estudo destas figuras criminosas é possível saber se existia alguma relação entre elas e a violência sexual.

Segundo G. RIZZELLI³⁸² o *stuprum* configurava-se como uma série de condutas sexuais não bem definidas e que possuíam uma conotação negativa para a consciência social, já que podiam ser violentas, sacrílegas ou homoeróticas, enfim, contrárias às regras de convivência civil.

³⁷⁶ '*Stuprum*' e '*adulterium*' cit. (nota 196 supra), p. 359.

³⁷⁷ G. RIZZELLI, '*Stuprum*' e '*adulterium*' cit. (nota 196 supra), p.360.

³⁷⁸ G. RIZZELLI, '*Stuprum*' e '*adulterium*' cit. (nota 196 supra). P. 360.

³⁷⁹ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 224 supra), p. 202.

³⁸⁰ Cf. Ulp. 2 *de adult.*, D.48,5,14(13),7 e Pap. 15 *resp.*, D.48,5,40(39) pr..

³⁸¹ Cf. C.9,9,7.

³⁸² '*Stuprum*' e '*adulterium*' cit. (nota 196 supra), pp. 360-361. Este mesmo autor afirma que a maior parte das informações contidas nas fontes dizem respeito ao *adulterium* e não ao *stuprum*. Cf. *Lex Iulia de adulteriis* cit. (nota 198 supra), p. 171.

A gravidade do *stuprum* residia no fato deste delito resultar na transgressão do *fas*, i. e., das normas do direito sagrado³⁸³. Desta forma, o estupro seria *incestum* no sentido amplo de derrogação de preceitos religiosos³⁸⁴.

O estupro também podia consistir em hipóteses mais complexas como o *stuprum pulvinaribus Bonae deae*, por meio do qual ocorria a ofensa a mistérios e ritos sacros através de alguns comportamentos cujo objetivo final era a prática sexual. Desta forma, configurava-se um *stuprum* contra a *Bona dea*³⁸⁵.

Segundo as Institutas Justiniano³⁸⁶, o *stuprum* consistia na cópula não violenta, com virgem ou viúva honesta. As penas aplicadas a esta modalidade de estupro variavam conforme a condição social do réu: os culpados de posição social nobre eram punidos com o confisco da metade dos seus bens e os culpados de baixa extração, com a pena corporal acrescida do relego.

Entretanto, M. MOLÉ³⁸⁷ acrescenta que, para a *communis opinio*, o estupro voluntário e o adultério eram punidos, na lei Júlia, com penas iguais: confisco de metade do patrimônio e, talvez, a *relegatio in insulam*.

A punição para o estupro consentido não está apresentada explicitamente nas fontes existentes anteriores à Justiniano. Segundo A. ARJAVA³⁸⁸, através da *lex Iulia de adulteriis*

³⁸³ O *fas* teve preponderância no direito público, sendo pelas *leges sacratae* que os tribunos da plebe tornaram-se invioláveis. No direito privado, o direito sagrado teve influência somente nas relações jurídicas de família, dada a relevância dada religião doméstica. Cf. J. A. MOREIRA ALVES, *Direito Romano I – História do Direito Romano. Instituições de Direito Romano – A) Parte Geral. B) Parte Especial: Direito das Coisas*, 10ª. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 76.

³⁸⁴ G. RIZZELLI, ‘*Stuprum*’ e ‘*adulterium*’ cit. (nota 196 supra), p. 364. Este autor ressalta que *incestum* e *stuprum* eram delitos diferentes, porém com este efeito idêntico: violação das regras sociais e religiosas.

³⁸⁵ G. RIZZELLI, ‘*Stuprum*’ e ‘*adulterium*’ cit. (nota 196 supra), p. 366. Mencionamos a seguinte passagem, selecionada por este autor, contida em Cíc., *De Har.* 8: “*Atque paulo ante, patres conscripti, contionem habuit quae est ad me tota delata; cuius contionis primum universum argumentum sententiamque audite; cum riseritis impudentiam hominis, tum a me de tota contione audietis. De religionibus sacris et caerimoniis est contionatus, patres conscripti, Clodius: Publius, inquam, Clodius sacra et religiones neglegi violari pollui questus est! Non mirum si hoc vobis ridiculum videtur: etiam sua contio risit hominem, quo modo ipse gloriari solet, ducentis confixum senati consultis, quae sunt omnia contra illum pro religionibus facta, hominemque eum qui pulvinaribus Bonae deae stuprum intulerit, eaque sacra quae viri oculis ne imprudentis quidem aspici fas est non solum aspectu virili sed flagitio stuproque violarit, in contione de religionibus neglectis conqueri*”.

³⁸⁶ Cf. I. 4, 18, 4: “*Item lex Iulia de adulteriis coercendis, quae non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed etiam eos qui cum masculis infandam libidinem exercere audent. sed eadem lege Iulia etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit. poenam autem eadem lex irrogat peccatoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidia, bonorum, si humiles, corporis coercionem cum relegatione*”.

³⁸⁷ *Stuprum (diritto romano)* in *NNDI* 18 (1963), p. 586. C. FERRINI, *Diritto penale romano* cit. (nota 276 supra), p. 365, explica que à mulher era aplicada a perda de metade do seu dote e da terceira parte dos bens parafernais. O homem perdia metade dos bens. Se o condenado fosse de baixa extração, a ele seria aplicada uma pena corporal acrescida do relego. Ademais, a mulher ficava impedida de contrair novo matrimônio. Cf. I.4,18,4 e C.9,9,9.

³⁸⁸ *Women and Law* cit. (nota 145 supra), p. 219.

coercendis a penalidade pode ter sido, originalmente, a mesma prevista para o adultério, mas dificilmente ultrapassou o exílio e, no final do século III, certamente não implicou na pena de morte com Constantino.

De qualquer forma, a consequência do crime em questão era a *pollutio*, i. e., a contaminação de pessoas e coisas. Esta poluição alcançava, além dos criminosos, a casa da mulher e, por fim, a própria sociedade³⁸⁹.

O adultério romano, em sentido estrito, consistia na conjunção carnal ou prática de outros atos sexuais, sem violência, entre uma mulher livre e casada³⁹⁰ e um homem que não fosse seu marido. O fundamento para a reprovação, pela sociedade romana, das condutas descritas seria a tutela da fidelidade conjugal³⁹¹. S. CORRÊA FATTORI³⁹² adverte que o adultério era objeto de tutela pública “por colocar em perigo a procriação da prole legítima, voltada a assegurar uma correta continuidade na titularidade do patrimônio e dos *sacra* familiares (cultos religiosos familiares)”.

Tal delito descrevia um comportamento que se consumava num tempo limitado: a duração da relação sexual. G. RIZZELLI³⁹³ confirma esta tese através de expressões retiradas de textos romanos, como a seguinte: *adulterio deprehendere* (ou *comprehendere*).

No período republicano romano, o adultério era punido tanto pelos meios públicos quanto pelos meios privados. Desta forma, a adúltera poderia ser julgada por seus parentes e, se encontrada em flagrante delito, seria permitido ao marido ofendido matá-la. Contudo, no final da República, os senadores preferiam um divórcio mais discreto e cauteloso em detrimento dos graves métodos de vingança³⁹⁴.

Com a promulgação da *lex Iulia*, a repressão do crime em questão tornou-se mais agressiva e fortalecida. A pena prevista por esta lei era o exílio sem a perda da cidadania (*relegatio*)³⁹⁵ e confisco parcial dos bens de ambos os ofensores. Entretanto, algumas leis

³⁸⁹ G. RIZZELLI, ‘*Stuprum*’ e ‘*adulterium*’ cit. (nota 196 supra), p. 366. Este autor busca, para fundamentar a sua opinião, dentre outras, as seguintes fontes: Cíc., *De Har.* 33 e 37; Cíc., *Pro Mil.* 85 e 87; e Lív., *Ab Urb.* 3,50,6.

³⁹⁰ Não praticavam o crime as mulheres em condição moral desprestigiada como as prostitutas, as donas de bordéis, as alcoviteiras, as mulheres já condenadas por adultério, as bailarinas e todas as que se apresentavam no palco. Cf. G. SCIASCIA, *A Lei Romana* cit. (nota 365 supra), p. 31.

³⁹¹ G. BRANCA, *Adulterio* cit. (nota 373 supra), p. 620. No mesmo sentido, para G. SCIASCIA, *A Lei Romana* cit. (nota 365 supra), p. 31, praticava o adultério a mulher livre, matrona, *mater familias*, honesta e que, na posição de esposa, gozava da condição social do marido. Este, por sua vez, não tinha o dever de fidelidade, podendo apenas ser punido por adultério no caso de ser co-réu do crime praticado com mulher alheia.

³⁹² *Influência religiosa na tipificação dos crimes sexuais* in *Revista Uniara* 6 (1999), p. 212.

³⁹³ Cíc. *De orat.* 2, 275, Val. Max. 6, 1, 13, Quint. *declam.* 1. Cf. ‘*Stuprum*’ e ‘*adulterium*’ cit (nota 196 supra), p. 368 e nt. 50.

³⁹⁴ A. ARJAVA, *Women and Law* cit. (nota 45 supra), p. 193. Cf. Gél., *Att.* 10,23,5.

³⁹⁵ G. SCIASCIA, *a Lei Romana* cit. (nota 366 supra), p.32, ao tecer comentários a respeito da lei romana sobre os adultérios, ilustra a implacável execução da *lex Iulia*: Augusto, feliz na política, mas sem sorte na família,

promulgadas no reinado de *Severus Alexander* prescreviam como punição a pena capital (*capitalis poena*), que poderia significar a morte ou a imposição de exílio com a perda da cidadania (*deportatio, aquae et ignis interdictio*)³⁹⁶.

No reinado de Constantino havia uma lei, de 313 ou 315, que incluía o adultério entre os crimes mais sérios, sujeitos à pena capital³⁹⁷. Dois anos após este reinado, drásticas punições foram acrescentadas: os adúlteros eram sufocados num saco e queimados vivos como parricidas³⁹⁸.

Além das penas principais, os culpados ainda ficavam sujeitos à incapacidade de prestar testemunho e, quanto à mulher, havia a proibição de contrair um novo matrimônio³⁹⁹. A adúltera também poderia ser equiparada a uma prostituta, com a consequência de ter o dever de vestir uma toga própria das prostitutas e de ser excluída de práticas públicas e privadas reservadas às mulheres honradas⁴⁰⁰.

O resultado do *adulterium*, assim como o do *stuprum*, era a *pollutio*, todavia, restrita ao âmbito da *domus*. A contaminação alcançava, além da adúltera, a casa, compreendendo o marido e os familiares. Outra grave consequência do fato delituoso era a geração de prole incerta, o que destruía a integridade da *domus*⁴⁰¹.

O adultério poderia impelir a culpada ao cometimento de outros atos também violadores da consciência social com os *venefeciae*, ou seja, os atos imorais. Um exemplo era o aborto. Entretanto, a mulher igualmente poderia ser caracterizada como *venefica* por um motivo mais profundo e mágico: ao se entregar a um homem diverso do seu marido, a adúltera estaria introduzindo um elemento estranho ao sangue da família, degradando-o, corrompendo-o⁴⁰².

A *lex Iulia* legitimou o *ius occidendi*. Este direito de matar cabia ao pai e, em menor escala, ao marido traído⁴⁰³.

mandou aplicar as penas de adultério a sua única filha e a sua neta. Além disso, a mulher do sucessor Tibério, foi desterrada primeiro para uma ilha deserta não longe de Nápolis e, depois, para a extremidade meridional da Itália.

³⁹⁶ A. ARJAVA, *Women and Law* cit. (nota 45 supra), p. 195. Cf. P.S. 2,26,14.

³⁹⁷ Cf. CTh. 9,38,1 (322) e C.5,17,7 (337).

³⁹⁸ A. ARJAVA, *Women and Law* cit. (nota 45 supra), p. 196. Cf. CTh. 11,36,4 (339).

³⁹⁹ G. RIZZELLI, *Le donne nell'esperienza* cit. (nota 13 supra), p. 42. Segundo J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano II – Instituições de Direito Romano – B) Parte Especial: Direito das Obrigações. Direito de Família. Direito das Sucessões*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 343, a mulher condenada por adultério no período clássico não podia contrair novo matrimônio. No período justiniano, por outro lado, a mulher nesta situação não podia casar apenas com o seu cúmplice.

⁴⁰⁰ T. A. J. MCGINN, *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome*, New York, Oxford, 1998, p. 165.

⁴⁰¹ G. RIZZELLI, '*Stuprum*' e '*adulterium*' cit. (nota 196 supra), p. 368.

⁴⁰² G. RIZZELLI, '*Stuprum*' e '*adulterium*' cit. (nota 196 supra), p.369, nt. 56.

⁴⁰³ Na expressão de G. RIZZELLI, *Le donne nell'esperienza* cit. (nota 13 supra), p. 42, esta faculdade de matar bem caracterizava a "*sindrome dell'onore e della vergogna*".

Segundo G. SCIASCIA⁴⁰⁴, o direito supracitado é, provavelmente, uma inovação de Augusto no sentido de compensar a intervenção do Estado nas relações familiares com o reconhecimento oficial da vingança privada.

É importante ressaltar que este direito de matar apenas existia em relação ao adultério *stricto sensu*.

Cabe, ainda, uma observação quanto aos adúlteros (a *nupta* e seu amante). A mulher era a *adultera* e o homem, o *adulter*. Este termo, por sua vez, possuía significado amplo, indicando, em alguns casos, aquele que cometia o *stuprum*, haja vista que a designação *stuprator* apenas foi constatada no período posterior a Augusto⁴⁰⁵.

No sentido pleno da palavra, o *adulter* era o homem que corrompia a mulher, poluindo o sangue e a honra do marido desta e a *adultera* era a *nupta* que consentia com a relação ilícita. É importante ressaltar, neste ponto, que o ato da corrupção pelo *adulter* deveria materializar-se sem o uso da violência. Ademais, a *nupta* deveria dar o seu consentimento, renunciando a sua própria honra e à condição de *pudicitia*⁴⁰⁶.

Ocorrendo o adultério, a acusação somente poderia ser intentada após o divórcio⁴⁰⁷.

Neste sentido, Papiniano⁴⁰⁸ afirmou que uma mulher não podia ser acusada pelo crime adultério na constância do casamento. Nem mesmo o cúmplice da suposta adúltera ficava sujeito à acusação nesta circunstância.

Ulpiano⁴⁰⁹ ainda acrescentou que, na situação acima, ninguém deveria perturbar ou inquietar uma mulher aceita por seu marido, nem um matrimônio em paz, sem antes acusar o marido por lenocínio, ato criminoso de favorecimento ou facilitação de prostituição.

O *adulterium* era perseguido, primeiramente, pela *accusatio iure mariti vel patris*, uma acusação reservada, dirigida pelo pai e pelo marido da adúltera⁴¹⁰.

O fundamento da legitimação do pai e do marido para uma acusação privilegiada era a relação particular que os unia à mulher e que fazia surgir uma situação valorada como *iniuria*. Além disso, objetivou-se manter um resquício da antiga preferência da ordem jurídica romana pela iniciativa familiar na repressão do adultério⁴¹¹.

⁴⁰⁴ A *Lei Romana sobre os Adultérios* cit. (nota 366 supra), p. 34.

⁴⁰⁵ G. RIZZELLI, '*Stuprum*' e '*adulterium*' cit. (nota 196 supra), p. 370.

⁴⁰⁶ G. RIZZELLI, '*Stuprum*' e '*adulterium*' cit. (nota 196 supra), p. 371.

⁴⁰⁷ G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis* cit. (nota 198 supra), p. 67 e C. VENTURINI, *Divorzio informale e 'crimen adulterii'* in *IURA* 41 (1990), p. 39.

⁴⁰⁸ Cf. 1 *de adult.* D. 48, 5, 12 (10).

⁴⁰⁹ Cf. 3 *disput.* D. 48, 5, 27 (26) pr..

⁴¹⁰ Cf. Scaev. 4 *reg.* D. 48, 5, 15 (14), 2.

⁴¹¹ G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis* cit. (nota 198 supra), pp. 35-37.

A citada acusação deveria ser intentada durante os dois meses⁴¹² que se seguiam ao divórcio. Caso contrário, poderia ser proposta a *accusatio iure extranei* por qualquer cidadão romano e dentro de um período de cento e vinte dias úteis⁴¹³. Após cinco anos contínuos não seria mais possível ajuizar nenhuma das medidas judiciais⁴¹⁴.

Segundo a doutrina, a acusação *iure extranei* igualmente era utilizada para reprimir o estupro. Já a acusação privilegiada cabia somente para a *nupta*. Desta forma, o pai não poderia empregar a *accusatio iure mariti vel patris* quando a filha não fosse casada⁴¹⁵.

A afirmação acima é reiterada por todos aqueles que se ocupam da *lex Iulia*, pois os próprios textos evidenciam a situação: se a ação deveria ser ajuizada até sessenta dias do divórcio, fica claro que, neste caso, a mulher deveria ser casada no momento da prática do crime⁴¹⁶.

Quanto à questão da legitimidade para utilizar o juízo privilegiado, apenas o *pater* e o *maritus* a possuíam. A mulher não poderia acusar seu marido de adultério, pois havia proibição expressa nas constituições de Severo e de Caracalla⁴¹⁷.

O conteúdo típico do adultério romano era a relação sexual com uma mulher casada, não se incluindo também a relação obtida por meio de violência.

Segundo F. BOTTA⁴¹⁸, o consenso das partes que consumavam o *stuprum* ou o *adulterium* era um elemento necessário para a configuração destes crimes, o que restaria claro com Ulpiano:

Ulp. 1 <i>de adult.</i> , D.48,5,13(12) ⁴¹⁹ : <i>Haec verba legis “ ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo” et ad eum, qui suasit, et ad eum, qui stuprum vel adulterium intulit, pertinent.</i>	Estas palavras da lei: “que ninguém cometa estupro ou adultério com pleno conhecimento e com dolo mau” referem-se tanto aquele que instiga como àquele que comete o estupro ou o adultério.
---	---

⁴¹² Quanto ao prazo, E. VOLTERRA, *Per la storia* cit. (nota 373 supra), pp.10-11, sustenta que os sessenta dias seriam computados como dias úteis. Em sentido oposto, A. ESMEIN, *Le délit d'adultère à Rome* cit. (nota 6 supra), p. 126, afirma que estes sessenta dias seriam computados de forma contínua na origem, mas a contagem teria passado a ser por dias úteis em analogia aos cento e vinte dias úteis da *accusatio iure extranei*.

⁴¹³ Cf. Ulp. 8 *disp.* D. 48, 5, 4, 1.

⁴¹⁴ Segundo Pap. *lib. sing. adult.* D. 48, 5, 12, 4, após os seis meses do divórcio, somente seria permitido perseguir o cúmplice.

⁴¹⁵ G. RIZZELLI, *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata in materia di adulterio* in *BIDR* 86 (1986), p. 411.

⁴¹⁶ G. RIZZELLI, *Alcuni aspetti* cit. (nota 415 supra), p. 412.

⁴¹⁷ E. VOLTERRA, *Per la storia* cit. (nota 373 supra), p. 39. Cf. C.9,9,1 (197).

⁴¹⁸ 'Per vim inferre' cit. (nota 2 supra), p. 43.

⁴¹⁹ Analisando os termos “*stuprum*” e “*adulterium*” neste fragmento de Ulpiano, G. RIZZELLI, '*Lex Iulia de adulteriis*' cit. (nota 198 supra), pp. 257-262.

Desta forma, tanto para se configurar o *stuprum* como o *adulterium*, fazia-se necessária a existência do dolo das partes, *i.e.*, da intenção de praticar o ato sexual ilícito.

Assim, não havendo a intenção de praticar estes atos, como na situação de violência, não é possível a consumação dos crimes previstos na lei dos adultérios. Não haveria nem mesmo a aplicação desta *lex*, visto que se trata de um crime estranho ao seu ditado normativo.

É interessante destacar que, segundo F. BOTTA⁴²⁰, neste fragmento é possível observar uma evolução linear da jurisprudência romana que aplicava a punição ao réu apenas se este objetivamente tivesse pleno conhecimento do ato praticado e o realizasse voluntariamente.

Todavia, contrariando este posicionamento, M. BALZARINI⁴²¹ não exclui a possibilidade de que tanto o *adulterium* como o *stuprum* pudessem também ser realizados por meio da violência, pois o ditado da *lex Iulia de adulteriis* previa diferentes formas de cumplicidade. Ademais, ele menciona dois fragmentos, Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,3,4 e Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29),9, os quais, embora determinem a aplicação da *lex Iulia de vi publica*, na realidade, estariam indicando apenas o direito justinianeu, pois, originalmente, o *stuprum per vim*, vinha reprimido pelo sistema do *crimen adulterium*.

Este autor não fundamenta as suas afirmações, porém entendemos que o texto de Ulpiano é claro: há a necessidade do dolo para se caracterizar o *stuprum* ou o *adulterium*. No *stuprum per vim*, a violência suprime a vontade da vítima. Logo, não configura espécie pertinente à *lex Iulia de adulteriis coercendis*.

Observamos, desta forma, incertezas na reconstrução do exato conteúdo da *lex Iulia de adulteriis coercendis*, no que tange ao *stuprum per vim*. Sabemos que, todavia, que esta legislação não previa uma disciplina específica sobre este ilícito, o qual se apresentava, de forma semelhante ao rapto, como uma *fattispecie* mais complexa, quando comparada aos demais crimes previstos na lei Júlia sobre os adultérios⁴²².

Diante destas circunstâncias, a doutrina apresenta algumas elaborações teóricas sobre o tema.

⁴²⁰ 'Per vim inferre' cit. (nota 2 supra), p. 45.

⁴²¹ *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova, CEDAM, 1969, p. 245 e nt. 49: "... le parole di Ulpiano potrebbero, peraltro, essere interpretate diversamente, e cioè nel senso che debba essere considerato reo di stupro o adulterio sia chi abbia ottenuto il consenso della controparte, sia chi abbia posto in essere un atto di violenza carnale".

⁴²² S. PULIATTI, *La dicotomia* cit. (nota 307 supra), p. 478.

Para W. KUNKEL⁴²³, durante a República, punia-se este delito violento através da subsunção deste crime nos tipos *adulterium* e *stuprum*. Apenas com o advento da *lex Iulia de adulteriis*, teria, o estupro violento, sido separado daqueles ilícitos e passado a obedecer à regulamentação descrita da *Lex Iulia de vi*.

Na opinião de F. LUCREZI⁴²⁴, parece certo que, pelo mesmo até Diocleciano, quando então tal comportamento violento passou a ser reprimido *extra ordinem*, aquele que violentasse uma mulher honrada casada, solteira ou viúva incorria nas penas descritas na mencionada *lex Iulia*, especialmente no confisco de parte do seu patrimônio e na *relegatio in insulam*.

Este romanista parece diferenciar o ato de violência sexual realizado contra as mulheres “honestas” e as demais pessoas. Esta diferenciação, porém, não encontra respaldo nas fontes jurídicas como veremos durante o estudo das exegeses.

Como vimos anteriormente, para este autor, antes da lei de adultérios a repressão ocorria exclusivamente através da *iniuria*. Com o advento da *lex Iulia de adulteriis*, a repressão poderia ocorrer ou por esta lei ou pela regulamentação da injúria, sendo que apenas com Diocleciano o *stuprum per vim* foi subsumido no *crimen vis*.

No tocante à aplicação da lei Júlia, afirma o pesquisador, o uso da violência praticada pelo sujeito ativo era substancialmente irrelevante, pois ficava “absorvido” na geral sanção do *stuprum/ adulterium*. Todavia, ele ressalta que o acusado ainda poderia ser processado, em juízos diferentes (*concursum causarum*), pelo delito de *iniuria*⁴²⁵.

Afirma F. LUCREZI⁴²⁶, que, provavelmente, nesta *lex Iulia* também não havia referência explícita à condição de vítima da ofendida, de forma a se excluir a aplicação da pena de adultério para ela. Entretanto, a jurisprudência aceitou a possibilidade da defesa em juízo da vítima para evitar uma injusta punição da mesma e provar a sua inocência.

⁴²³ *Untersuchungen zu Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens im vorsullanischer Zeit*, München, C. H. Beck'schen, 1962, pp. 122-123.

⁴²⁴ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), pp. 18-19.

⁴²⁵ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 19. U. BRASIELLO, *La repressione penale* cit. (nota 283 supra), pp. 226-227, declara não haver dúvida de que o *stuprum* era reprimido pela *lex Iulia de vi publica*. Todavia, o estupro igualmente poderia ser inserido no âmbito da injúria, como evidencia o texto contido em Paul. 5,4,1, certamente clássico ou de pensamento clássico. Ocorre que este tipo de estupro, introduzido na esfera da injúria, era, com certeza, o estupro violento, pois nos crimes contra os costumes a consumação ocorria com a violência, enquanto que nos crimes hoje denominados contra a família, a consumação também ocorria quando havia consentimento das partes. Os demais casos de *stuprum* ficariam, pois, sujeitos à repressão estabelecida na *lex Iulia de adulteriis*. Ademais disso, lembra este autor, a *lex Iulia de adulteriis* não estabelece a pena capital. Logo, os casos em que aparece cominada a pena de morte recaem na injúria, por repressão *extra ordinem*.

⁴²⁶ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 19.

Neste sentido, ele menciona uma importante passagem de Papiniano 15 *resp.*, D.48,5,40(39) pr.⁴²⁷, através do qual o jurista entendia não ser possível a acusação, nos termos da *lex Iulia*, de uma mulher casada que fora violentada e escondeu o fato do marido para preservar a sua honestidade (*protegendae pudicitiae causa*)⁴²⁸.

Deste *responsum*, declara F. LUCREZI⁴²⁹, não se pode excluir a possibilidade, de que, no curso do processo, fossem alegadas lógicas de responsabilidade do tipo “objetiva”.

R. A. BAUMAN⁴³⁰, já havia analisado este fragmento anteriormente e apresentou um entendimento semelhante. Para este autor, o fato de ter sido questionado se a mulher havia cometido um crime proveniente na *lex Iulia de adulteriis* significaria que o agressor teria sido processado, pela vítima, através desta lei Júlia de adultérios.

Assim, o estudioso propõe a sua opinião: a *stuprum* violento foi originalmente regulado pela lei dos adultérios. Quanto ao caso referente a Papiniano, ele afirma: o violentador cometeu ou *stuprum* ou *adulterium* contra a mulher. Esta, por sua vez, diante das suspeitas que recaíram sobre o seu consentimento, foi acusada pelo adultério⁴³¹.

No entanto, é preciso esclarecer que a existência efetiva de tais lógicas de responsabilidade “objetiva” no direito penal romano não são comprovadas. A ausência de fontes neste sentido, entendemos, não corroborariam com as declarações deste autor. Ademais, a interpretação deste estudioso, no tocante à fonte mencionada, não abrange todas as possibilidades que poderiam ter gerado o parecer do jurisconsulto. Esta fonte, ademais, será melhor analisada durante o estudo exegético.

Cumprе mencionar outro entendimento de F. LUCREZI⁴³², no sentido de que, mesmo se a vítima fosse declarada inocente, não lhe era atribuído nenhum direito de reparação, nos ditames da lei Júlia dos adultérios, visto que a finalidade desta norma não era a proteção da pessoa, mas sim a tutela do matrimônio e dos *bonis mores*.

O que se espera, diante de um crime de violência, seria a punição do agressor e não a reparação da vítima, já que estamos fora da esfera do direito privado.

⁴²⁷ Cf. M. MOLÈ, ‘*Stuprum*’ cit. (nota 197 supra), p. 583 e F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), pp. 48 ss.; É interessante observar um contraste entre esta passagem de Papiniano e os casos de Lucrecia e Virgínia, bem como em relação às já mencionadas opiniões de Santo Agostinho. Cf. Pap. 15 *resp.*, D.48,5,40(39) pr.: “*Vim passam mulierem sententia praesidis provinciae continebatur: in legem Iuliam de adulteriis non commisisse respondi, licet iniuriam suam protegendae pudicitiae causa confestim marito renuntiari prohibuit*”.

⁴²⁸ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 19.

⁴²⁹ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 20.

⁴³⁰ *The rape of Lucretia. ‘Quod metus causa’ and criminal law*, in *Latomus* (52) 1993, p. 577.

⁴³¹ R. A. BAUMAN, Richard A., *The rape of Lucretia* cit. (nota 2 supra), p. 558.

⁴³² *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 20. É curioso verificar que o Código Penal brasileiro, no seu Título VI, da Parte Especial, ainda insere o estupro entre os “crimes contra os costumes”.

F. LUCREZI extrai esta conclusão partindo de uma premissa falsa, a de que a repressão do *stuprum per vim*, sendo regulado através da lei Júlia dos adultérios, seria dirigido à categoria de mulheres honestas. Tratando-se de um ilícito violento, como o homicídio, não há justificativa para fracionar o crime de violência sexual entre aquele realizado contra mulheres honestas e outro, contra mulheres desonestas. Neste caso, haveria inclusive legislações diferentes para regular o mesmo crime.

É uma visão equivocada, que desconsidera o real significado das fontes, e acaba gerando uma leitura tendenciosa das mesmas, no que diz respeito ao tema da violência sexual, entrevedo uma série penalidades à mulher violentada.

A afirmação de que existiria uma lógica de responsabilidade tipo “objetiva” quanto à mulher durante o processo não encontra amparo na fonte mencionada, a qual somente afirma que a mulher violentada, mesmo se escondesse o fato do marido, não seria punida pela *lex Iulia de adulteriis*, provavelmente pelo crime de adultério.

O principal autor, porém, que advogou a tese de que o *stuprum per vim* era regulamentado pela legislação *de adulteriis*, pelo menos até o séc. III, apresentando uma série de argumentos, foi G. FLORE, em sua publicação de 1930, mas que ainda tem influenciado recentes pesquisadores sobre o tema, como F. LUCREZI.

Nesta obra, o jurista afirma que o estupro violento foi reprimido pela lei de adultério até Diocleciano. Posteriormente, com Constantino, por força da introdução do critério religioso, este crime foi submetido à repressão *extra ordinem*, recebendo a pena de morte⁴³³.

Apenas durante a elaboração do *Corpus Iuris Civilis*, este delito foi inserido no âmbito da *lex Iulia de vis publica*. Esta última transformação, por outro lado, teria ocorrido em virtude dos inconvenientes da prescrição quinquenal estabelecida pela lei Júlia dos adultérios e porque o elemento *vis*, neste período, teria assumido maior relevância, justificando o aumento da pena e a atração do crime ao sistema repressivo do *crimen vis*⁴³⁴.

O questionamento a estas afirmações de G. FLORE serão mencionadas durante a exegese das fontes. No presente momento, apenas cabe lembrar que, como vimos, durante o período de Constantino, a repressão do adultério foi agravada, chegando à imposição da pena de morte. Ora, este aumento de pena do *adulterium* poderia ter sido aplicado também ao estupro violento, sem que este crime precisasse ser atraído a outro sistema repressivo.

⁴³³ G. FLORE, *Di alcuni casi* cit. (nota 302 supra), p.

⁴³⁴ G. FLORE, *Di alcuni casi* cit. (nota 302 supra), p. 350.

Após estas explanações, concluímos que a lei Júlia sobre os adultérios não foi um instrumento hábil à repressão do estupro violento. Um dos principais motivos para esta opinião é justamente a observação que fizemos sobre a finalidade desta legislação.

Vimos que ela foi elaborada com um propósito moralizante de reforma dos costumes, pelo imperador Augusto, em 18 a.C. Sua função principal era exercer um controle quanto ao comportamento de determinado grupo de mulheres (*nupta*, *vidua* e *virgo*). Assim, eram reprimidos o adultério e as relações sexuais com virgens e viúvas honestas. Tratava-se de salvaguardar a prole legítima.

Os termos *stuprum* e *adulterium* eram utilizados de forma promíscua, pois tais crimes possuíam um conteúdo semelhante, ou seja, referiam-se à prática de atos sexuais ilícitos e consensuais. O estupro violento estava, pois, excluído deste conceito amparado pela lei de adultérios, já que não havia o requisito do consento.

O estupro e o adultério implicavam na *pollutio*. Em oposição, a vítima do *stuprum violentum*, segundo a determinação do C.9,9,20, permanecia com a reputação imaculada.

A violência sexual exigia o dolo de agredir sexualmente outra pessoa. No *stuprum* e no *adulterium*, o dolo consistia da vontade de praticar atos sexuais proibidos pelo Estado.

A diferença entre a finalidade e a consequência destas espécies de crime não justificaria o uso do mesmo sistema repressivo que, no caso, seria aquele de lei de adultérios.

4. “*Crimen vis*”

O último século da República foi caracterizado por graves conflitos sociais e políticos. F. LUCREZI⁴³⁵ destaca algumas causas que geraram tal situação: predomínio de interesses de uma parte das várias facções sociais, formação de agrupamentos subversivos, combates pelo poder pessoal e conseqüentes guerras civis longas e sanguinárias.

Neste meio, houve a necessidade de se reprimir todos os comportamentos que perturbassem a paz social e as bases constitucionais da *libera res publica*. Era preciso preservar o harmônico funcionamento das instituições republicanas diante de tantas ameaças⁴³⁶.

E foi exatamente neste contexto que foi amadurecida a exigência de uma repressão à *vis*. A violência, naquele momento, passou a representar “uma patológica disfunção do sistema, insídia para a vida pública e para a sobrevivência do próprio Estado”⁴³⁷.

Observa-se, pois, que o *crimen vis* foi delineado como um ilícito de conotação essencialmente política e, desta forma, ele sofreu as mesmas incertezas e oscilações das questões políticas durante o desenvolvimento do direito romano⁴³⁸.

Segundo a definição de T. MOMMSEN⁴³⁹, violência (*vis*) era a força por meio da qual ora uma pessoa constrangia fisicamente outra a praticar um ato contra a sua vontade, ora coibia a realização de uma vontade através da ameaça de um mal.

Tratava-se de uma coação ilegítima. As coações permitidas, por outro lado, eram as seguintes: a) aquelas realizadas pelos chefes de família ou por uma autoridade, desde que em relação à pessoa ou à coisa sujeitas a estes; b) a legítima defesa (o seu excesso acarretava a devida punição), e c) o estado de necessidade (v. g., perigo de naufrágio, incêndio)⁴⁴⁰.

No direito romano primitivo, a *vis* não era um conceito jurídico independente e surgiu inicialmente no direito privado, pela atuação do pretor, especificamente nas questões de interditos possessórios e na restituição de coisas ao seu estado primitivo⁴⁴¹.

⁴³⁵ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 21.

⁴³⁶ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 21.

⁴³⁷ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 21.

⁴³⁸ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), pp. 21-22.

⁴³⁹ *Römisches Strafrecht* cit. (nota 65 supra), p. 371: “‘*Vis*’ est la force et notamment la force supérieure, la contrainte par laquelle une personne met une autre dans la nécessité physique de souffrir l’accomplissement d’un acte contraire à sa volonté ou exerce une pression sur la volonté de cette dernière pour la déterminer à une abstention ou à un acte en la menaçant d’un mal, donc en lui inspirant de la crainte (*metus*)”.

⁴⁴⁰ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit. (nota 65 supra), p. 372.

⁴⁴¹ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit. (nota 65 supra), p. 372.

Por outro lado, a violência no âmbito da repressão criminal, teria surgido relativamente tarde. Isto teria ocorrido, pois a *vis* era indicada como um meio para a prática de outros crimes, como o homicídio. Tratava-se, pois, de um ilícito polimorfo⁴⁴².

C. FERRINI⁴⁴³ explica que a *vis*, como meio de execução de outro crime, apenas adquiria importância quando as figuras criminosas se multiplicavam e passavam a representar perigo para a estrutura do Estado. Isto ocorreu, segundo o autor, na segunda metade do séc. VII, com as guerras civis e a anarquia.

De qualquer forma, pode-se afirmar que a violência foi reprimida durante todo o processo evolutivo do direito romano, de forma a restringir o uso abusivo da autotutela. Aliás, a defesa privada dos próprios interesses apenas foi proibida no final do direito pós-clássico⁴⁴⁴.

Analisemos, pois, as mais importantes legislações sobre este crime tão relacionado às vicissitudes da política romana.

No âmbito do direito penal romano, a noção de violência foi introduzida simultaneamente no procedimento das *quaestiones* e no procedimento civil, através de medidas legislativas severas⁴⁴⁵, abolidas após a revolta de Lépido 677/77.

A doutrina menciona relativamente a este crime, uma *lex Cornelia (Sulla) de vi*, de 81, cujo conteúdo é incerto e não reconhecido⁴⁴⁶. Observe, porém, que a doutrina moderna entende que esta lei não existiu⁴⁴⁷.

Posteriormente, outra fonte jurídica dirigida a regular o tema (*metus* e *vis*), teria sido uma *formula Octaviana*, de 78 ou 79, não mencionada após este período, provavelmente combatendo a política de Sila⁴⁴⁸.

Em 78 (ou 63) a.C.⁴⁴⁹, foi emanada a *lex Plautia de vi*, a qual reprimiu, mediante uma *quaestio de vi*, de caráter não permanente, vários comportamentos politicamente

⁴⁴² C. FERRINI, *Diritto penale romano* cit. (nota 276 supra), pp. 370-371.

⁴⁴³ *Diritto penale romano* cit. (nota 276 supra), p. 317.

⁴⁴⁴ G. LONGO, “Vis”, in *NNDI* 18 (1971), p. 989.

⁴⁴⁵ Cabe observar que T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit. (nota 65 supra), p. 373, ao mencionar tais informações, não fez qualquer referência sobre quais seriam estas medidas legislativas e as suas respectivas datas de elaboração: “la notion de violence fut introduite en droit pénal simultanément dans la procédure des ‘quaestiones’ et dans la procédure civile par les mesures législatives prises après la répression de la révolte de Lépide au début de 677/77, pour faire disparaître les répercussions fâcheuses de ce mouvement insurrectionnel”. O mesmo autor (p. 376) afirma que, no direito romano primitivo, os delitos de violência acarretavam apenas a proteção jurídica de natureza civil. Todavia, ele ainda observa que, com o decorrer do tempo, houve uma inversão desta tendência, com o aumento da aplicação da responsabilidade penal a estes casos. Como consequência, naquelas situações que acarretavam tanto a responsabilidade civil como a penal, determinava-se que a primeira apenas poderia ser analisada após o término da verificação da última.

⁴⁴⁶ G. LONGO, “Vis” cit. (nota 444 supra), p. 989.

⁴⁴⁷ M. BALZARINI, *Violenza (diritto romano)*, in *ED* 46 (1993), p. 835.

⁴⁴⁸ G. LONGO, “Vis” cit. (nota 444 supra), pp. 989-990.

subversivos como, v. g., as prevaricações contra as funções do senado e dos magistrados⁴⁵⁰, as aduanas sediciosas e a ocupação abusiva de lugares públicos⁴⁵¹. O objetivo principal desta lei foi reprimir os atos que perturbavam a paz pública⁴⁵². Era aplicada a pena capital⁴⁵³.

Em 56 a.C., presencia-se um interessante expediente de defesa utilizado por Cícero para defender *Caellius* de uma acusação de *crimen vis*. Através das suas argumentações, aquele transforma a mencionada acusação em uma investigação dirigida ao caráter moral e ao comportamento deste⁴⁵⁴:

Cícero, <i>Pro Cael.</i> 71 ⁴⁵⁵ : (...) <i>Qui quamquam lege de vi certe non tenebantur, eo maleficio tamen erant implicati, ut ex nullius legis laqueis eximendi viderentur.</i>	Estes, embora certamente não pudessem ser atingidos pela lei sobre a violência, estavam de tal forma ligados àquele malefício, de forma a ficar claro que não poderiam se libertar dos vínculos de uma outra lei.
--	---

Na realidade, *Caellius* não havia praticado um estupro violento, mas sim alguma conduta de caráter sexual e não violento, mas que propiciou questionamentos quanto à moralidade dos seus atos⁴⁵⁶.

⁴⁴⁹ G. LONGO, “*Lex Plautia de vi*”, in *NNDI* 9 (1963), pp. 814-815, porém, afirma que a esta lei teria sido emanada aproximadamente em 665 (89 a.C.). Este autor recorda que foi justamente com fundamento nesta lei que Catilina foi processado. Cf. Sal., *Cat.* 31,4.

⁴⁵⁰ Neste sentido, G. LONGO, “*Lex Plautia de vi*” cit. (nota 449 supra), p. 815, menciona Cíc., *Pro Cael.* 29,70; Cíc., *Ad. Fam.* 8,8,1 e Cíc., *Ad Att.* 2,24.

⁴⁵¹ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 22.

⁴⁵² T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit. (nota 65 supra), pp. 373-374.

⁴⁵³ V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale* cit. (nota 329 supra), p. 62.

⁴⁵⁴ D. MOSES, *Livy’s Lucretia* cit. (nota 36supra), p. 51.

⁴⁵⁵ Para uma melhor contextualização desta passagem, Cíc., *Pro Cael.* 70: “*Dicta est a me causa, iudices, et perorata. Iam intellegitis, quantum iudicium sustineatis, quanta res sit commissa vobis. De vi quaeritis. Quae lex ad imperium, ad maiestatem, ad statum patriae, ad salutem omnium pertinet, quam legem Q. Catulus armata dissensione civium rei publicae paene extremis temporibus tulit, quaeque lex sedata illa flamma consulatus mei fumantes reliquias coniurationis exstinxit, hac nunc lege Caeli adulescentia non ad rei publicae poenas, sed ad mulieris libidines et delicias deposcitur? 71. Atque hoc etiam loco M. Camurti et C. Caeserni damnatio praedicatur. O stultitiam! stultitiamne dicam an impudentiam singularem! Audetisne, cum ab ea muliere veniatis, facere istorum hominum mentionem? audetis excitare tanti flagitii memoriam non exstinctam illam quidem, sed repressam vetustate? Quo enim illi crimine peccatoque perierunt? Nempe quod eiusdem mulieris dolorem et iniuriam Vettiano nefario stupro sunt persecuti. Ergo ut audiretur Vetti nomen in causa, ut illa vetus aeraria fabula referretur, idcirco Camurti et Caeserni est causa renovata? qui quamquam lege de vi certe non tenebantur, eo maleficio tamen erant implicati, ut ex nullius legis laqueis eximendi viderentur*”. Cabe lembrar que, segundo F. SERRAO, *Diritto privato* cit. (nota 10 supra), p. 37, dentre as fontes de orações, de obras retóricas, filosóficas e políticas, as obras de Cícero são as mais importantes no estudo de determinados institutos jurídicos de direito público ou direito privado.

⁴⁵⁶ D. MOSES, *Livy’s Lucretia* cit. (nota 36 supra), p. 51.

No entanto, ele foi acusado por ter violado uma lei sobre violência⁴⁵⁷.

D. MOSES⁴⁵⁸, narrando o caso, observa que já se aproximando do final deste discurso, tentaram argumentar que a lei sobre violência também compreendia comportamentos imorais por si só. O precedente judicial desta decisão teria sido a condenação de dois homens, M. Camurtius e C. *Caesernius*, pelo crime de violência, em razão da prática de estupro violento contra *Vettius*.

Contrariando este posicionamento, Cícero sustentou que o terrível ato por estes praticado era de tal gravidade que violava qualquer lei. A gravidade do *nefarium stuprum* não correspondia exatamente ao comportamento de *Caellius*.

Embora não seja possível obter uma idéia conclusiva sobre as questões jurídicas mencionadas, D. MOSES⁴⁵⁹ conclui, através da análise desta obra literária, ser possível imaginar que a legislação sobre violência, em determinado momento, também passou a compreender comportamentos sexuais imorais. Assim, a violência e a imoralidade estariam ligadas pelo ambíguo conceito de *stuprum*.

Alguns romanistas vêm nesta passagem ciceroniana uma comprovação de que, já na República, o *stuprum per vim* seria identificado como uma hipótese de *crimen vis*, através da *interpretatio extensiva*⁴⁶⁰.

O fato relatado na obra de oratória de Cícero foi analisado por T. MOMMSEN⁴⁶¹, como uma situação que, possivelmente, referia-se à *lex Plautia de vi*.

Seguindo este posicionamento, mencionamos D. DALLA⁴⁶², o qual mesmo reconhecendo as incertezas do texto, acredita que se trataria de uma extensão da lei Plautia à hipótese de *stuprum violentum*.

Contrariamente, G. FLORE⁴⁶³ explica que, em razão das vagas informações oferecidas por Cícero, faz-se necessário ter amplas reservas no tocante ao elemento material do crime praticado pelos dois homens. Certamente o ilícito foi realizado através de modalidades particularmente graves, violando diversos estatutos legais. Talvez a lei de

⁴⁵⁷ G. RIZZELLI, '*Lex Iulia de adulteriis*' cit. (nota 198 supra), p. 251.

⁴⁵⁸ *Livy's Lucretia* cit. (nota 36 supra), p. 51.

⁴⁵⁹ *Livy's Lucretia* cit. (nota 36 supra), p. 52: "(...) and the way in which this use was rebutted by Cicero reflects that it was a conceptually plausible thing to try to use 'vis' legislation to cover immoral sexual behavior: 'vis' and immorality could be connected through the ambiguous concept of 'stuprum'".

⁴⁶⁰ É o caso, por exemplo, de G. RIZZELLI, '*Lex Iulia de adulteriis*' cit. (nota 198 supra), p. 250.

⁴⁶¹ *Römisches Strafrecht* cit. (nota supra), p. 385, nt. 9. No mesmo sentido, C. FERRINI, *Diritto penale romano* cit. (nota 276 supra), p. 376, nt. 8; A. LINTOTT, *Violence in republican Rome*, New York, Oxford, 2004, 110-111.

⁴⁶² "*Ubi venus mutatur*" cit. (nota 262 supra). Este posicionamento também é compartilhado por G. RIZZELLI, *Le donne nell'esperienza* cit. (nota 13 supra), p. 68, nt. 112 e G. RIZZELLI, '*Lex Iulia de adulteriis*' cit. (nota 198 supra), p. 250.

⁴⁶³ *Di alcuni casi* cit. (nota 302 supra), p. 348, nt. 43.

violência fosse aplicada não por se tratar de estupro violento propriamente dito, mas por se referir a outros elementos que integravam o fato punido.

Porém, os estudos mais recentes sobre este texto de Cícero, afirmam que a lei mencionada seria a *lex Lutatia de vi*, de 78 a.C.⁴⁶⁴.

Menciona-se, ainda, uma outra lei de violência que instituiu uma *quaestio extra ordinem*, em 52 a.C.⁴⁶⁵.

Deve-se, ademais, mencionar a chamada *lex Iulia de vi publica et privata* (19 /16 a.C.). Como explica F. LUCREZI⁴⁶⁶, esta medida legislativa foi utilizada por Augusto⁴⁶⁷, após a derrota dos seus adversários e o estabelecimento da paz, para impedir que o império fosse ameaçado pelos antigos conflitos, pondo em perigo o seu poder pessoal.

T. MOMMSEN⁴⁶⁸ afirma que, após a Lei Plautia, a evolução posterior do crime de violência ocorreu por meio de disposições gerais (retomando o conteúdo da *lex Plotia*) contidas na *lex iudiciorum publicorum* (sobre a organização dos juízos públicos) e na *lex iudiciorum privatorum* (relativa à organização dos juízos privados), por obra, provavelmente, de Júlio César e não de Augusto. Não houve, para este autor, legislação própria sobre este crime no mencionado período⁴⁶⁹.

Para T. MOMMSEN⁴⁷⁰, diante de tal configuração, surgiu o costume, maturado posteriormente, de se atribuir a denominação “*vis publica*” aos delitos enumerados na lei geral de organização dos juízos públicos e *vis privata*, aos crimes mencionados na outra lei geral. Ademais, em razão do conteúdo destas leis, com disposições gerais sobre as formas de abusos e usurpações, elas passaram a ser denominadas como *leges de vi*.

⁴⁶⁴ M. BALZARINI, *Violenza* cit. (nota 447 supra), p. 835. Esta é, v.g., a opinião de A. RIGGSBY, *Crime and community in ciceronian Rome*, Austin, University of Texas, 1999, p. 80.

⁴⁶⁵ M. BALZARINI, *Violenza* cit. (nota 447 supra), p. 836.

⁴⁶⁶ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 22.

⁴⁶⁷ Quanto à autoria desta lei, a doutrina é oscilante: ela seria de Augusto ou de César ou mesmo de ambos. Cf. M. BALZARINI, *Violenza* cit. (nota 447 supra), p. 836.

⁴⁶⁸ *Römisches Strafrecht* cit. (nota 65 supra), pp. 374-375.

⁴⁶⁹ Quanto à origem e à evolução destas leis, G. LONGO, “*Vis*” cit. (nota 444 supra), p. 990, afirma que a doutrina diverge e as fontes jurídicas são omissas. A legislação teria sido obra de César para alguns e originada por Augusto noutro entendimento. Destaca-se o posicionamento segundo o qual Augusto teria confirmado a lei de César, utilizando-a no seu próprio texto legislativo. Ele ainda afirma ser duvidosa, a tese de T. MOMMSEN, no sentido de que tais leis Júlias sobre a violência seriam propriamente as *leges iudiciorum publicorum*, pois não seria possível esta demonstração através das fontes romanas. G. LONGO, não apresentando uma fundamentação concreto, acredita que o advento da lei Júlia sobre violência pública ocorreu com César. Entretanto, coube a Augusto absorvê-la, ampliando o seu conteúdo com o acréscimo da repressão da violência pública, diferenciando estas espécies de *vis* segundo a natureza do bem jurídico e do interesse, público ou privado. Ademais, acrescenta o autor, não há dúvida de que no direito justinianeus foi estabelecida a diferença entre a *vis publica* e a *vis privata*: o uso de armas.

⁴⁷⁰ *Römisches Strafrecht* cit. (nota 65 supra), p. 375. Aceitando este entendimento, C. FERRINI, *Diritto penale romano* cit. (nota 276 supra), p. 372.

Há maior probabilidade de que os casos de violência mencionados nas duas leis Júlias fossem diferenciados principalmente pela gradação da pena aplicada. Desta forma, se no caso concreto fosse possível estabelecer uma gradação de pena específica, então fazia-se a menção ao texto expreso. Por outro lado, caso apenas fosse possível concluir que ao caso se aplicaria uma das duas leis, então não se estabelecia o texto expreso da lei⁴⁷¹.

Esta tese de T. MOMMSEN, porém, não é aceita modernamente. M. BALZARINI⁴⁷² afirma inexistir provas de que a lei Júlia sobre violência identificava-se com a legislação *iudiciorum publicorum et privatorum*.

T. MOMMSEN⁴⁷³ afirma que todas as categorias romanas de delitos não possuíam um conteúdo rígido, seguro. Neste sentido, as suas leis reguladoras apresentavam conceitos de caráter meramente explicativo. Logo, conclui o autor, ocorriam alterações nas noções essenciais dos delitos e, em alguns casos, até mesmo a própria desnaturação. Esta observação aplica-se ao *crimen vis*.

Atos contrastantes com a autoridade do imperador passaram a receber severas repressões. Destacamos algumas condutas submetidas ao rigor da lei: abusos dos magistrados por meio da imposição ilegítima de impostos ou da proibição do direito de recorrer à *provocatio ad populum*, embaraço à justiça, turbação dos comícios, porte não autorizado de armas em público, criação de grupos armados, retirada violenta de navios ou imóveis, saqueio, perturbação de cerimônias públicas, maus-tratos, realizados em concurso com outras pessoas⁴⁷⁴.

Também seriam objeto desta legislação a rebelião, as reuniões sediciosas com o fito de tumultuar eleições ou atividades dos tribunais, o dano à propriedade gerado por tumulto de pessoas, o rapto, as injúrias a embaixadores estrangeiros, profanar violentamente sepultura etc⁴⁷⁵.

B. SANTALUCIA⁴⁷⁶, ao tratar das reformas produzidas por Augusto e da *cognitio extra ordinem*, especificamente no que diz respeito aos delitos das *quaestiones* na

⁴⁷¹ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit. (nota 65 supra), p. 377.

⁴⁷² *Violenza* cit. (nota 447 supra), p. 837.

⁴⁷³ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit. (nota 65 supra), pp. 375-376.

⁴⁷⁴ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota supra), p. 22.

⁴⁷⁵ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit. (nota supra), pp. 377-387.

⁴⁷⁶ *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2a. ed., Milano, Giuffrè, 1998, p. 260. M. BALZARINI, *Violenza* cit. (nota 447 supra), p. 840, que, durante o Principado, ocorreram modificações no *crimen vis* quanto às *fattispecie* reprimidas, as regras processuais aplicadas e os tipos de penas impostas. Esta circunstância seria o resultado de senatosconsultos, de constituições imperiais, de praxes judiciárias dos novos tribunais extraordinários e da interpretação jurisprudencial.

repressão *extra ordinem* e aos crimes extraordinários, afirma ser controversa a exata reconstrução da ampliação do conteúdo do *crimen vis*.

O motivo para tanto seria a profunda modificação imposta aos textos dos juristas clássicos durante a elaboração do Digesto⁴⁷⁷.

Observamos, assim, a dificuldade de se lidar com o *crimen vis*, pois as leis penais romanas muitas vezes apresentavam conceitos meramente exemplificativos, de forma que noções essenciais podiam ser alteradas. Além disso, é preciso considerar as diversas interpolações que os textos clássicos sofreram especialmente no âmbito criminal.

Enquanto para algumas novas espécies de crimes violentos há maior segurança – posse indevida dos bens do devedor por parte do credor; forçar uma pessoa a assumir uma obrigação e violência testamentária – quanto ao caráter clássico delas, para outros casos – furto em naufrágio, estupro violento, rapto e seqüestro de pessoas – subsistem sérias dúvidas a respeito⁴⁷⁸.

É interessante observar que, neste mesmo período, um crime que já integrava as hipóteses da Lei Júlia sobre violência pública, passou a ser um crime autônomo, punido *extra ordinem*: a imposição ilegítima de novos impostos. O mesmo não ocorreu com o estupro violento até o final da evolução do direito romano⁴⁷⁹.

Coube aos príncipes e aos juristas alterar a fisionomia dos crimes estabelecidos no sistema das *quaestiones*⁴⁸⁰.

Especificamente no tocante ao estupro *per vim*, T. MOMMSEN⁴⁸¹ insere-o no âmbito da lei Júlia de violência pública, não havendo referência do mesmo na *lex Plotia*. Além de afirmar que a este *crimen* era aplicada a pena de morte, o estudioso entende que esta lei seria aplicada mesmo nos casos de violência perpetrados contra escravos.

O enquadramento, no direito penal romano, como crime de violência pública, do estupro violento, está localizado em apenas dois fragmentos, nos quais se estabeleceu a punibilidade *ex lege vi publica* a todo aquele que, através do uso da violência, abusava sexualmente de um homem ou de uma mulher⁴⁸²:

⁴⁷⁷ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 224 supra), p. 260.

⁴⁷⁸ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 224 supra), p. 260.

⁴⁷⁹ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 224 supra), p. 260.

⁴⁸⁰ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 224 supra), p. 256.

⁴⁸¹ *Römisches Strafrecht* cit. (nota 65 supra), pp. 385-386. Esta observação é fundamentado no texto contido em C.9,20,1 (de 213 d.C.), o qual, todavia, entendemos não se referir ao estupro violento de escravo, mas sim à tomada violenta do mesmo. Cabe observar que este romanista, ao estudar os crimes sexuais no seu manual de direito romano, não incluiu entre eles (incesto, adultério, estupro, lenocínio, casamento desonroso, bigamia, rapto e pederastia) o *stuprum per vim*. Neste sentido, C. FERRINI, *Diritto penale romano* cit. (nota 276 supra), p. 360.

⁴⁸² F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 23.

Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,3,4⁴⁸³

Praeterea punitur huius legis poena, qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit. Além disso, é punido com a pena desta lei aquele que, com violência, houver estuprado um rapaz ou uma mulher ou outro qualquer.

Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29),9⁴⁸⁴

Eum autem, qui per vim stuprum intulit vel mari vel feminae, sine praefinitione huius temporis accusari posse dubium non est, cum eum publicam vim committere nulla dubitatio est. Não é duvidoso que quem, com violência, estupra homem ou mulher pode ser acusado sem a fixação prévia deste término, pois não há dúvida alguma que ele comete violência pública.

Os dois juristas severianos teriam afirmado que o *stuprum per vim* caracterizava-se como um *crimen vis*.

A passagem atribuída a Marciano está inserida no título referente aos casos de violência pública e, desta forma, estaria compondo mais um dos casos contidos a noção de violência pública.

Já o fragmento atribuído a Ulpiano e introduzido no título concernente às leis Júlias sobre os adultérios, afirma que o prazo quinquenal da acusação do *adulterium* não era aplicado ao *stuprum violento*, pois este crime corresponderia, sem dúvida (*nulla dubitatio est*), às hipóteses de *vis publica*.

Embora estas fontes apresentem uma aparente simplicidade, elas foram objeto de vários questionamentos, como será comprovado, com a exegese dos textos relativos a este assunto.

Destaca-se, neste momento a opinião de F. LUCREZI⁴⁸⁵, segundo a qual a repressão do estupro violento permaneceu, até o séc. III, ligada, além do antigo delito de *iniuria*, ao crime de *adulterium stuprum*. Não parece, com absoluta clareza, ter surgido, até este

⁴⁸³ Este fragmento está inserido no livro 48, título 6: *Ad legem Iuliam de vi publica*.

⁴⁸⁴ Fragmento introduzido no livro 48, título, 5: *Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*.

⁴⁸⁵ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 26. Este autor ainda observa (pp. 22-23) que, como estas *leges de vi* tiveram um caráter destacadamente político, elas não se referiram à violência sexual, crime de natureza evidentemente privada para os romanos. Contudo, defende o romanista, foi através do conceito de *vis* que a jurisprudência romana elaborou a categoria do *stuprum per vim*, que mais se relacionou com a moderna concepção de violência sexual. Tal categoria foi apta a justificar a repressão da violência carnal como *crimen vis*.

período, uma categoria específica de *stuprum per vim*, capaz de justificar uma repressão a título de *vis*.

Para G. RIZZELLI⁴⁸⁶, porém, o direito romano reprimia, a título de *vis*, a conduta do indivíduo que, mediante violência, constringia uma pessoa à prática de ato sexual. Assim teria ocorrido desde o período republicano, como se pode comprovar em Cic. *Cael* 70 s., o qual provavelmente invocava uma *lex Plautia*. Durante o principado, acrescenta o autor, o estupro inseriu-se no caso de violência pública, como comprovariam os dois mencionados fragmentos: Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,3,4 e Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29),9.

Quanto ao direito pós-clássico, restam ainda algumas observações, especialmente no tocante à influência do cristianismo e à repressão de alguns crimes sexuais.

Quando analisamos a conduta da vítima nos textos literários, observamos que, na cultura pagã romana, era possível entrever alguns discursos sobre o controle do comportamento sexual feminino, especialmente daquelas mulheres destinadas à constituição de família legítima. Todavia, não detectamos a idéia de que a mulher provocava o estupro com o seu comportamento.

Com o advento do cristianismo primitivo, especialmente com as obras de Tertuliano, ps-Ambrósio e Santo Agostinho, entretanto, detectamos um rígido controle do comportamento feminino e uma ligação entre a conduta da mulher e os crimes sexuais.

Cabe, agora, verificar se estas idéias sobre *stuprum violentum* encontram correspondência nos textos jurídicos. Para tanto, analisemos os crimes de rapto e estupro violento sob tal perspectiva.

Com o advento do *dominato*, afirma F. LUCREZI⁴⁸⁷, houve algumas transformações no direito penal romano, especialmente com o nítido aumento da repressão criminal pelo Estado. Novos fatos, de caráter privado ou ideológico, antes pouco influentes no âmbito jurídico, passaram a ser punidos e as reprimendas tornaram-se mais severas.

Neste meio, declara este mesmo autor, a nova legitimação religiosa do império provocou, dentre outros efeitos, um maior controle dos comportamentos sexuais da população, avaliados, claro, segundo os cânones éticos da fé cristã. O Estado romano emprestou a sua força à Igreja e, assim, condutas que antes eram consideradas lícitas ou

⁴⁸⁶ *Le donne nell'esperienza* cit. (nota 13 supra), p. 68 e nt. 112. Entendendo que, no período clássico, o *stuprum per vim* já era reprimido como *crimen vis*, destacamos PLESCIA, Joseph, *The development of the doctrine* cit. (nota 252 supra), p. 307.

⁴⁸⁷ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 27; F. LUCREZI-F. D'IPPOLITO, *Profilo storico istituzionale di diritto romano*, Napoli, 2003, p. 327.

ficavam punidas através de ações privadas ressarcitórias, transformaram-se em crimes públicos, visto que violavam a lei de Deus e, portanto, toda a coletividade humana⁴⁸⁸.

Explica, F. GNOLI⁴⁸⁹, que a forte influência da doutrina cristã sobre a moral sexual e o matrimônio aparece nas disposições penais, especialmente naquelas de Constantino. Além disso, afirma o autor, a religião cristã, na primeira metade do séc. IV, condicionou diretamente importantes setores da política criminal.

Vários são os exemplos de condutas sexuais reprimidas pelo Estado romano neste período, de forma autônoma⁴⁹⁰.

Em uma Constituição de 326, Constantino estabeleceu a pena de morte para a mulher que se unisse a um escravo, de sua propriedade ou de outrem. O *servus*, neste caso, devia ser queimado vivo. A acusação deste crime podia ser iniciada de ofício ou por qualquer pessoa⁴⁹¹.

A relação homossexual tornou-se proibida, pois passou a ser encarada como uma subversão às leis divinas e naturais. A repressão deveria ocorrer por meio de legiões armadas com espadas vingadoras⁴⁹². O suplício dos culpados ocorria pela queima dos seus corpos, ainda em vida, “*spectante populo*”⁴⁹³.

⁴⁸⁸ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), pp. 27-28: “*La nuova legittimazione religiosa dell'impero orientale, seguita alla svolta costantiniana, in particolare, indusse a giudicare con severa attenzione i costumi sessuali dei sudditi, vagliandone la conformità ai canoni etici prescritti dalla fede cristiana. Il 'braccio secolare' imperiale, così, prestò alla Chiesa la propria forza per contrastare molte forme di condotta precedentemente lecite, o rimesse a eventuali azioni private risarcitorie, reputate ora invece crimini pubblici, in quanto offese arrecate alla legge di Dio, e quindi all'intera collettività umana, ad essere chiamata, inderogabilmente, a conformarsi*”. Explica, F. GNOLI, *Diritto penale* cit., pp. 62-63, que a forte influência da doutrina cristã sobre a moral sexual e o matrimônio aparece nas disposições penais, especialmente naquelas de Constantino. Além disso, afirma o autor, a religião cristã, na primeira metade do séc. IV, condicionou diretamente importantes setores da política criminal.

⁴⁸⁹ *Diritto penale* cit., pp. 62-63. Segundo B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, v. 3, Milano Giuffrè, 1954, p. 482, neste momento, os crimes sexuais assumem maior gravidade, já que, neste campo, a moral cristã era mais rígida que a pagã.

⁴⁹⁰ Exemplificando tais regulamentações, indicadas a seguir, F. GNOLI, *Diritto penale* cit. (nota 225 supra), p. 63.

⁴⁹¹ Cf. C.Th. 9,9 (*De mulieribus, quae se servis propriis iunxerunt*): 1. “*Si qua cum servo occulte rem habere detegitur, capitali sententiae subiugetur, tradendo ignibus verberone, sitque omnibus facultas crimen publicum arguendi, sit officio copia nuntiandi, sit etiam servo licentia deferendi, cui probato crimine libertas dabitur, quum falsae accusationi poena imminet*”.

⁴⁹² F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 28. Cf. C.Th. 9,7 (*Ad legem iuliam de adulteriis*): 3. “*Cum vir nubit in feminam, femina viros proiectione quid cupiat, ubi sexus perdidit locum, ubi scelus est id, quod non proficit scire, ubi venus mutatur in alteram formam, ubi amor quaeritur nec videtur, iubemus insurgere leges, armari iura gladio ultore, ut exquisitis poenis subdantur infames, qui sunt vel qui futuri sunt rei. dat. prid. non. dec. mediolano, proposita romae xvii kal. ianuar*” (342).

⁴⁹³ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 28. Cf. C.Th. 9,7,6: “*Omnes, quibus flagitii usus est, virile corpus muliebriter constitutum alieni sexus damnare patientia (nihil enim discretum videntur habere cum feminis), huius modi scelus spectante populo flammis vindicibus expiabunt*” (390).

Ademais, condenava-se com a *deportatio* e o confisco de bens, o tutor que violasse a castidade da sua pupila⁴⁹⁴.

Acrescentamos também os seguintes crimes, agora autônomos: lenocínio⁴⁹⁵, incesto⁴⁹⁶, sedução de mulheres livres e meninos⁴⁹⁷ e o divórcio unilateral, por vontade da mulher, e sem uma justificativa grave⁴⁹⁸.

Estas proibições, ressalta-se, dirigiam-se ao comportamento consensual feminino.

Também houve uma modificação no tocante à punição do rapto. Este crime, mencionado no fragmento de Marc. 14 *inst.*, D.48,6,5,2⁴⁹⁹, o qual estabelecia a pena capital, e numa Constituição de Diocleciano e Maximiano, de 293⁵⁰⁰, que determinava a aplicação da *accusatio legis Iuliae de vi*, passou a ter, com Constantino, através de uma lei de 318 ou 320 ou 326 – como divergem os autores – uma perseguição particularmente drástica, ampla e meticulosa⁵⁰¹.

Com esta última lei, quem raptasse uma mulher jovem (*puella*) e casadoira (*virgo*) passava a ser condenado à morte através de meios cruéis, de um suplício qualificado, como no caso de queimar uma pessoa viva ou da condenação *ad bestias*⁵⁰². E a pena não seria mais moderada se houvesse o consentimento da vítima. Esta, por sua vez, quando

⁴⁹⁴ Cf. C.Th. 9,8 (*Si quis eam, cuius tutor fuerit, corruperit*): 1. “*post alia: ubi puellae ad annos adultae aetatis accesserint et adspirare ad nuptias coeperint, tutores necesse habeant comprobare, quod puellae sit intemerata virginitas, cuius coniunctio postulatur. quod ne latius porrigatur, hic solus debet tutorem nexus adstringere, ut se ipsum probet ab iniuria laesi pudoris immunem. quod ubi constiterit, omni metu liber optata coniunctione frui debebit; officio servaturo, ut, si violatae castitatis apud ipsum facinus haereat, deportatione plectatur, atque universae eius facultates fisci viribus vindicentur, quamvis eam poenam debuerit sustinere, quam raptori leges imponunt*” (326).

⁴⁹⁵ Cf. C.Th. 16,8.

⁴⁹⁶ Cf. C.Th. 3,12.

⁴⁹⁷ Cf. P.S. 5,14.

⁴⁹⁸ Cf. C.Th. 3,16.

⁴⁹⁹ Marc, 14 *inst.*, D.48,6,5,2: “*Qui vacantem mulierem rapuit vel nuptam, ultimo supplicio punitur et, si pater iniuriam suam precibus exoratus remiserit, tamen extraneus sine quinquennii praescriptione reum postulare poterit, cum raptus crimen legis iuliae de adulteris potestatem excedit*”.

⁵⁰⁰ Cf. C.9,12 (*Ad legem iuliam de vi publica seu privata*): 3. “*Si confidis sponsam filii tui raptam esse vel filium tuum inclusum, instituere sollemni more legis iuliae de vi accusationem apud praesidem provinciae non prohiberis*”.

⁵⁰¹ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 29. Cf. C.Th.9,24 (*De raptu virginum vel viduarum*): 1. “*Si quis nihil cum parentibus puellae ante depectus invitam eam rapuerit vel volentem abduxerit, patrocinium ex eius responsione sperans, quam propter vitium levitatis et sexus mobilitatem atque consilii a postulationibus et testimoniis omnibusque rebus iudiciariis antiqui penitus arcuerunt, nihil ei secundum ius vetus prosit puellae responsio, sed ipsa puella potius societate criminis obligetur*”.

⁵⁰² A ferocidade da pena de morte estabelecida nesta norma de Constantino não está na constituição que chegou até nós (C.Th. 9,24,1 = C.7,13,3), mas ela pode ser extraída de uma outra constituição que faz referência à presente determinação legal constantiniana. Trata-se de uma legislação de Constâncio (C.Th. 9,24,2), de 349, em que este estabeleceu a aplicação da simples pena de morte, declarando, com isto, querer mitigar a crueldade da pena de Constantino. Cf. S. PULIATTI, *La dicotomia* cit. (nota 307 supra), p. 488 e F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 29, nt. 93.

consentia (*volens*) em qualquer momento da prática delituosa, fica sujeita à mesma pena atroz do raptor⁵⁰³.

S. PULIATTI⁵⁰⁴ leciona que até Constantino, a legislação não atribuía à mulher a condição de sujeito ativo do rapto⁵⁰⁵, principalmente em razão do “*principio della sua scusabilità*”. Com este imperador, a mulher passou a assumir a responsabilidade por este crime, seja como sujeito ativo ou passivo. Na opinião deste romanista, o legislador retomou os tradicionais conceitos de *vitium levitatis* e da *sexua mobilitas et consilii*. E, por meio desta transformação, “*scardina e abbatte i principi della non colpevolezza e della non punibilità della donna stessa*”.

Ocorre que, na visão de F. LUCREZI⁵⁰⁶, a mulher recebia sempre uma punição, mesmo quando não emprestava o seu consentimento ao raptor. Assim, ela ficava excluída das sucessões paterna e materna, pois havia uma “presunção de insuficiente resistência”.

Este é o entendimento de S. PULIATTI⁵⁰⁷, o qual traçou três distintas posições da mulher vítima de rapto, sempre sob os aspectos da responsabilidade objetiva e da responsabilidade presumida: a) participa da ação, oferecendo o seu consentimento ao raptor desde o início do ato; b) consente com o rapto somente após a consumação deste, sendo co-autora do crime, assim como na primeira hipótese; e c) não consente como rapto

⁵⁰³ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 29. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* cit. (nota supra), p. 484, afirma que, no *ius vetus*, o consentimento da vítima era um elemento discriminante do tipo. Tratava-se de um crime contra a pessoa raptada. Todavia, com Constantino, o objeto jurídico do rapto passou a ser a moralidade.

⁵⁰⁴ *La dicotomia* cit. (nota supra), pp. 488-489.

⁵⁰⁵ No direito clássico, o rapto inseria-se no âmbito da *vis* e da *iniuria*, mas, no direito romano cristão, este crime assumiu autonomia, sendo considerado um ilícito de maior gravidade. Este é a opinião de B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* cit. (nota 489 supra), p. 483, o qual ainda afirma que “*la legislazione va quasi pari passo con la Chiesa nella repressione*”.

⁵⁰⁶ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 31 enquadra esta situação estabelecida na lei constantiniana como uma espécie de culpabilidade objetiva: “*E colpisce, inoltre, per la sua ‘colpevolizzazione oggettiva’ della donna, considerata sempre responsabile, per mezzo di una presunzione ‘iuris et de iure’, per la ‘omessa vigilanza’ nella protezione della propria ‘pudicitia’: una svolta radicale, che avrebbe segnato in profondità la storia della civiltà occidentale, facendo avvertire i propri effetti anche a distanza di molti secoli, fino a tempi a noi molto vicini*”. Segundo G. RIZZELLI, *Le donne nell’esperienza* cit. (nota 13 supra), p. 73, “*la donna rapita appare dunque, in qualche modo, responsabile di quanto le è accaduto. Opera in tale ipotesi – si direbbe – una presunzione di scarsa diligenza nella difesa della propria pudicizia, di scarsa attenzione ad atteggiamenti e pratiche di vita che avrebbero indotto l’agente a tenere la condotta illecita. Da ciò a reputare che l’iniziativa del rapitore non abbia incontrato l’opposizione decisa della vittima, alla quale non sarebbe pertanto del tutto dispiaciuta, il passo è breve. Si realizza, di conseguenza, una sorta di inversione dei ruoli processuali, con la donna che assume la posizione di inquisita, essendo tenuta a provare di aver fatto tutto in suo potere per evitare il successo dell’iniziativa dell’aggressore*”.

⁵⁰⁶ C.Th. 9,24,1,2: “*Et si voluntatis assensio detegitur in virgine, eadem, qua raptor, severitate plectatur, quum neque his impunitas praestanda sit, quae rapiuntur invitae, quum et domi se usque ad coniunctionis diem servare potuerint et, si fores raptoris frangerentur audacia, vicinorum opem clamoribus quaerere seque omnibus tueri conatibus. sed his poenam leviores imponimus solamque eis parentum negari successionem praecipimus*”.

⁵⁰⁷ *La dicotomia* cit. (nota 307 supra), p. 48. C.Th. 9,24,1,2.

em nenhum momento; neste caso, assume a culpa por não ter resistido com todas as suas forças para evitar o crime. Neste último caso, afirma o estudioso, o legislador utiliza a “presunção de insuficiente resistência”.

Tal presunção justificava-se pelo fato de que a vítima poderia ter evitado o acontecimento se tivesse prudentemente ficado em casa até o dia do matrimônio. E mesmo se o agressor tivesse invadido a sua casa, ela poderia ter alertado a vizinhança com gritos. Os cúmplices também recebiam penas severas. A nutridora que instigava e dava maus conselhos deveria morrer com a ingestão de chumbo derretido⁵⁰⁸.

A denúncia deste crime era obrigatória para algumas pessoas e muito vantajosa para outras.

Os pais da jovem raptada tinham a obrigação de denunciar o crime, sob pena de serem deportados. Ademais, qualquer pessoa poderia dar início ao processo, inclusive os escravos. Estes, pela iniciativa da denúncia, recebiam a liberdade e a *latinitas* (os latinos, neste caso, tornavam-se *cives romani*). A condenação era implacável, de forma que não podia ser evitada pelo perdão ou pelo casamento. A sentença era inapelável⁵⁰⁹.

Assim, as conseqüências imorais e irremediáveis advindas do rapto⁵¹⁰ exigiram, como punição impiedosa, a pena de morte, algumas vezes precedida pela tortura. Por outro lado, houve a correção dos excessos estabelecidos por Constantino: a violência tornou-se essencial para a caracterização do delito⁵¹¹. Ademais, à vítima não era punida quando ficava comprovado que ela não atuara com culpa. A resistência, mesmo se insuficiente, excluía a culpa do sujeito passivo⁵¹².

A repressão dos delitos de caráter sexual continuou com Justiniano. Tais infrações foram perseguidas não apenas como atentados à pessoa – uma forma de *iniuria hominum* –, mas também como uma violação à *pudicitia* pública⁵¹³. Quanto ao rapto, o imperador

⁵⁰⁸ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), pp. 29-30. Cf. C.Th.. 9,24,1,1: “*Et quoniam parentum saepe custodiae nutricum fabulis et pravis suasionibus deluduntur, his primum, quarum detestabile ministerium fuisse arguitur redemptique discursus, poena immineat, ut eis meatus oris et faucium, qui nefaria hornamenta protulerit, liquentis plumbi ingestione claudatur*” e C.Th. 9,24,1,2.

⁵⁰⁹ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 30. Cf. C.Th.. 9,24,1.

⁵¹⁰ C.9,13,1 pr.: “*Raptores virginum honestarum vel ingenuarum, sive iam desponsatae fuerint sive non, vel quarumlibet viduarum feminarum, licet libertinae vel servae alienae sint, pessima criminum peccantes capitis supplicio plectendos decernimus, et maxime si deo fuerint virgines vel viduae dedicatae (quod non solum ad iniuriam hominum, sed ad ipsius omnipotentis dei irreverentiam committitur, maxime cum virginitas vel castitas corrupta restitui non potest): et merito mortis damnantur supplicio, cum nec ab homicidii crimine huiusmodi raptores sint vacui*” (533).

⁵¹¹ C.9,13,1,1b: “*Quibus connumerabimus etiam eum, qui saltem sponsam suam per vim rapere ausus fuerit*” (533).

⁵¹² F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 33; PULIATTI, *La dicotomia* cit. (nota 307 supra), p. 511.

⁵¹³ C.6,57,5,1 (529). Vide também C.9,13,1 pr. (533).

estabeleceu um sistema sancionatório minucioso, articulado e complexo, contido em numerosas constituições emanadas entre o final de 533 e 546⁵¹⁴.

Destacamos, porém, que todas estas observações referentes ao rapto não são aplicadas ao estupro violento. As fontes mencionadas não inserem, neste contexto este último crime.

O rapto, na sua consumação, exigia uma dinâmica própria que não se confundia com a execução do *stuprum per vim*. Para ser evitado, aquele crime exigia um rígido controle familiar e pessoal do comportamento feminino.

Segundo F. GORIA⁵¹⁵, o objetivo da repressão do rapto era a tutela da livre determinação, por parte da família (e não da mulher), da escolha matrimonial.

Neste sentido, tal crime não era dirigido a todo o gênero feminino. L. DESANTI⁵¹⁶, afirma que, na perspectiva de Teodósio (C.Th. 9,24-25), era punido o rapto de determinado grupo de mulheres: virgem ou viúva laicas ou consagradas, provavelmente ingênuas, com o fim de matrimônio. Com Justiniano (C.9,13,1), o rapto podia ser praticado contra virgem ou viúvas, mesmo se libertas ou escravas.

Desta forma, o objeto de tutela continuava, em termos gerais, o mesmo: preservação do direito da família de escolher o marido de suas filhas.

O estupro violento era um crime diverso, pois, em nossa opinião, ele tutelava a liberdade individual não de um grupo de mulheres destinadas ao matrimônio, mas de todos os homens e mulheres livres.

As regras, no que tange ao rapto, tinham o pressuposto de que as mulheres, de alguma forma, ocasionavam o rapto, transgredindo o direito das suas famílias de escolher os seus casamentos.

No *stuprum violento*, a tutela era dirigida à pessoa violentada, pois esta não oferecia qualquer consentimento para o ato. Assim, o elemento *vis* tornava-se preponderante na análise do crime e da repressão.

Deve-se reconhecer, ademais, que as mencionadas regras aplicadas ao rapto não fazem qualquer referência ao *stuprum violento*.

Não é possível, assim, pretender explicar a repressão do estupro violento à luz da disciplina do crime de rapto, sob pena de se extrair conclusões equivocadas.

⁵¹⁴ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), pp. 32-33. Cf. C.1,3,53; 9,13,1; I.4,18,8; Nov.6,6; 17,7; 37,10; 117,15,1; 123,43; 143 (=150).

⁵¹⁵ *Ratto* cit. (nota 301 supra), p. 715.

⁵¹⁶ *Giustiniano e il ratto*, in *AUFE* 1 (1987), pp.199-200.

Assim como a *iniuria*, o *crimen vis* teve seu conteúdo alterado durante toda a evolução romana, sofrendo oscilações e incertezas quanto à sua disciplina. Ambos, porém, implicavam também na idéia de lesão física, de crime contra a pessoa.

O aspecto da moralidade de costumes, principalmente na questão sexual, de eventuais ilícitos, por eles englobados, era secundário diante da ofensa pessoal.

Diferentemente ocorria nos crimes de *stuprum* e *adulterium*, ou mesmo no rapto, quando se objetivava preservar, em primeiro lugar, o direito da família e não da mulher raptada.

Assim, o *stuprum per vim*, como crime contra a pessoa, já que o direito romano ofertava uma série de direitos à pessoa violentada (reputação imaculada, direito de se casar novamente, direito de postular em juízo etc), certamente foi atraído na repressão de crimes afins, ou seja, naqueles em que o caráter da violência ou da lesão pessoal era preponderante às questões de moralidade sexual, o que ocorria com a injúria e com o crime de violência. A repressão seria *extra ordinem*.

Devemos lembrar que a violência, crime polimorfo, foi reprimida severamente durante toda a evolução do direito romano. Além disso, a passagem de Cícero (*Pro Cael.* 71) é realmente apta a comprovar que já na República o *crimen vis* era o instrumento apto a reprimir o *stuprum per vim*.

Aliás, provavelmente foi o único instrumento para tanto neste momento, pois a *iniuria* apenas teve seu conteúdo ampliado no final da República.

Entendemos também, com o apoio das exegeses apresentadas a seguir, que a lei Júlia de violência pública, considerando que suas disposições tinham apenas um caráter exemplificativo, já reprimia o estupro violento no período clássico.

Na época de Justiniano, por outro lado, com a recondução *iniuria* ao direito privado, o *crimen vis* foi o sistema exclusivo de repressão.

V. Exegese dos principais textos concernentes ao instituto

1. Exegese de Marcian. 14 “inst.”, D.48,6,3,4 e de Ulp. 4 “de adult.”, D.48,5,30(29),9

Os dois textos, objeto desta exegese, embora não demonstrem, num primeiro momento, sérias dificuldades interpretativas, são, na realidade, alvo de interessantes debates pela doutrina romanística.

Eles são analisados juntamente, pois tratam do mesmo tema: a aplicação da *lex Iulia de vi publica* na repressão do *stuprum per vim*.

Para alguns romanistas, como F. BOTTA⁵¹⁷, estes textos seriam a comprovação de que houve uma interpretação extensiva da *lex Iulia de vi*, de forma que o *stuprum per vim* passou a integrar o conceito de *crimen vis*, aproximadamente entre a segunda e a terceira década do séc. III d.C., já que esta matéria, na sua opinião, não fazia parte das hipóteses originais de crime de violência⁵¹⁸.

Parte dos estudiosos defende a tese de que estes fragmentos não sofreram qualquer alteração durante o tempo, refletindo, desta forma, o direito romano clássico com exatidão. Haveria, pois, uma continuidade legislativa entre este direito e aquele que vigorou no período pós-clássico⁵¹⁹.

Por outro lado, outros autores acreditam que tais passagens sofreram interpolações e, portanto, apenas seriam capazes de esclarecer quais foram as regras aplicadas, no que tange ao *stuprum violentum*, durante o direito justiniano. Para estes, a *fattispecie* do *stuprum per vim* não pertenceu à casuística individualizada pela *lex Iulia de vi*⁵²⁰.

Analisemos, pois, os textos dos juristas severianos:

⁵¹⁷ ‘*Per vim inferre*’ cit., p. 30.

⁵¹⁸ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 23. M. BALZARINI, *Violenza* cit. (nota 447 supra), p. 840, segue este mesmo entendimento.

⁵¹⁹ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit. (nota 65 supra), p. 385, nt. 7, cita estas fontes como comprovação de que o estupro violento pertencia ao *crimen vis*. Como ele não menciona outro tipo de repressão deste crime, durante a evolução do direito romano, no âmbito dos crimes sexuais, podemos concluir que ele os reputava clássicas.

⁵²⁰ ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), pp. 30-31. Este autor menciona, dentre os autores mais antigos, COROÏ, *La violence em droit criminel romain* cit. (nota 316 supra), p. 214 e G. FLORE, *Di alcune casi* cit. (nota 302 supra), p. 348. Dentre os mais modernos, M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova, CEDAM, 1969, p. 208, nt. 70; ID, *Violenza (diritto romano)*, in *ED* (46), p. 840; e CLOUD, *Lex Iulia de vi: Part 2*, in *Athenaeum* (67) 1989, p. 448.

Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,3,4⁵²¹:

Praeterea punitur huius legis poena, qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit.

Além disso, é punido com a pena desta lei aquele que, com violência, tiver estuprado um jovem, uma mulher ou qualquer outro.

Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29),9⁵²²

Eum autem, qui per vim stuprum intulit vel mari vel feminae, sine praefinitione huius temporis accusari posse dubium non est, cum eum publicam vim committere nulla dubitatio est.

Não há dúvida de que pode ser acusado, sem a prescrição, aquele que cometeu estupro por violação, contra um homem ou uma mulher, desde que não exista razão para duvidar que tenha cometido violência pública..

Começemos com Marciano. Ele foi, provavelmente, um alto funcionário da chancelaria de Severo e Caracala. Caracterizava-se, nos seus escritos, pela elegância, bem como por um forte embasamento filosófico e jurídico⁵²³.

As *Institutiones*, elaboradas no período de Caracala, foram reconstruídas através de diversos fragmentos encontrados no Digesto e nas Instituições. Diante da larga quantidade de material localizado foi possível descobrir que este trabalho era dividido em duas partes: aquela relativa à preparação de uma obra de Instituições e outra dirigida à construção de um Digesto sistemático. A data em que foi publicada é desconhecida⁵²⁴.

O importante, porém, é destacar que nesta obra existiam muitas citações de rescritos imperiais. Logo, o seu autor teve acesso aos arquivos imperiais⁵²⁵.

Analisando a *Palingenesia Iuris Civilis*⁵²⁶ foi possível observar que, nas *Institutionem Libri XVI*⁵²⁷, o fragmento D.48,6,3,4 inseria-se justamente no tema *Ad legem*

⁵²¹ Este fragmento está inserido no livro 48, título 6: *Ad legem Iuliam de vi publica*. Destacamos alguns trabalhos que apenas mencionam, sem comentarem, esta passagem de Marciano: R. BAUMAN, *The resume of legislation in Suetonius*, in SZ 99 (1982), p. 122, nt. 197; W. SCHMITZ, *Der nomos moicheias – Das athenische Gesetz über den Ehebruch*, in SZ 114 (1997), p. 116, nt. 226, A. D. MANFREDINI, *‘Qui commutant cum feminis vestem*, in RIDA 32 (1985), p. 269; J. HARRIES, *Law and crime in the roman world*, New York, Cambridge, 2007, p. 88.

⁵²² Fragmento introduzido no livro 48, título, 5: *Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*.

⁵²³ A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, v. 1, Napoli, Jovene, 1982, p. 238.

⁵²⁴ F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, 2a. ed., Oxford, Clarendon, 1953, trad. it. de G. Nocera, *Storia della Giurisprudenza Romana*, Firenze, Sansoni, 1968, p. 306. A. GUARINO, *L'Esegesi delle Fonti* cit. (nota 229 supra), p. 238, afirma ser, esta obra, uma mediação entre um manual elementar e um compêndio.

⁵²⁵ F. SCHULZ, *History of Roman* cit. (nota 343 supra), p. 306.

Iuliam vi privata. No Digesto, este fragmento foi introduzido no Livro 48, Título 6, sob a denominação *Ad legem Iuliam de vi publica*⁵²⁶.

O fragmento atribuído a Marciano está localizado no Digesto em seu livro 48, título 6 (*Ad legem Iuliam publica*), o qual apresenta, de forma casuística, uma série de atos que estavam sujeitos à lei Júlia de violência pública como, por exemplo, porte de armas (D.48,6,1), sedição (D.48,6,3 pr.), rapto (D.48,6,5,2 e D.48,6,6), exigência de novos impostos (D.48,6,12) etc.

Não há a apresentação de um conceito de *vis publica*, mas o elenco de uma série diferentes situações, muitas vezes de forma descontínua.

Em Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,3,4, encontramos justamente a indicação de que a mencionada lei também era aplicada a estupro violento (*per vim stupraverit*).

O termo “*praeterea*” parece indicar uma continuidade no sentido de se elencar hipóteses pertinentes à lei.

Destaca-se que este texto encontra-se localizado entre dois parágrafos que tratam exatamente do mesmo assunto. O roubo durante um incêndio é o tema abordado em D. 48,6,3,3. Já em D.48,6,3,5 encontramos uma forma qualificada deste crime: estar armado em incêndio para roubar ou para impedir que o dono do local salve os seus pertences.

Em outro fragmento, D. 48,6,5,2, também de Marciano e desta sua mesma obra, encontramos a referência ao rapto de mulher casada ou solteira. Apesar da proximidade de argumento entre o estupro e o rapto, estes crimes são apresentados separadamente dentro do mesmo título, o que confirmaria a tese de que eram crimes relativos a bens jurídicos distintos, embora, quanto ao sistema repressivo, fossem subsumidos no *crimen vis*.

Além disso, do conteúdo de D.48,6,3,4 podem ser extraídas as seguintes informações: ao estupro violento era aplicada a lei Júlia sobre a violência pública e tal crime podia ser praticado contra mulher ou rapaz ou outro qualquer.

⁵²⁶ O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis (Iuris consultorum reliquiae quae iustiniani digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposuit)*, v. I, Ex Officina Bernardi Tauchnitz, Lipsiae, 1889, p. 617.

⁵²⁷ É interessante destacar como, segundo O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* cit. (nota 526 supra), v. I, p. 652, nt. 1, estas Instituições foram divididas: “*Agitur libro I de iure, de statu hominum; libro II de nuptiis, de tutelis; libro III de rerum divisione, de adquirendo rerum dominio, de adquirendo et amittendo usu fructu; libro IV de testamentis; libro V de hereditate legitima; libris VI-IX de legatis et fideicommissis et mortis causa donationibus; libris X-XII de lege Iulia et Papia; libris XIII-XIV de aliis legibus; librorum XV-XVI argumentum in incerto remanet*”.

⁵²⁸ J. CORÖI, *La violence* cit. (nota 316 supra), p. 214, nt. 5, apresenta uma explicação para tanto: “*(...) Lenel restitue ce texte à la rubrique de la loi Julia ‘de vi privata’ probablement parce que d’autres passages empruntés encore à Marcien. Lib. 14 ‘inst.’, au Digeste, rubrique de la ‘vis publica’, les lois 1,3 et 5, appartiennent sans exception aucune à la violence privée(...)*”.

Uma interessante questão é saber qual teria sido o objetivo do legislador ao afirmar que os sujeitos passivos do *crimen* podiam ser o *puer*, a *femina* e outro qualquer.

G. LONGO⁵²⁹, após afirmar que o texto de Marciano não permite qualquer crítica quanto à sua forma e ao seu conteúdo, afirma que “*vel quemquam*” é um acréscimo inócuo, uma expressão utilizada apenas para completar o sentido.

Entendemos, porém, como já afirmamos anteriormente, que a expressão “*vel quemquam*” é muito significativa neste texto de Marciano. Tal jurista, caracterizado, nos seus escritos, pela elegância e pelo forte embasamento jurídico, não utilizaria expressões sem um significado relevante.

O jurisconsulto estaria apenas mencionando uma noção já confirmada, de que, diferentemente das legislações, como a *lex Iulia de adulteriis coercendis*, as quais exerciam um controle sobre o comportamento sexual de apenas uma categoria de pessoas (virgem, mulher casada, viúva ou menino), o estupro violento podia atingir indistintamente uma mulher (*femina*), um menino (*puer*) ou outro qualquer, ou seja, homens de todas as idades, mulheres não pertencentes ao *status* de *materfamilias*, enfim, qualquer homem e mulher livre⁵³⁰.

Alguns autores, por não visualizarem qualquer sinal de interpolação, entendem que o texto contido em D.48,6,3,4 é do período clássico e, portanto, demonstraria que neste período a repressão do *stuprum per vim* já ocorria através da aplicação das normas sobre violência pública⁵³¹.

D. DALLA⁵³², sem discorrer sobre aspectos formais, assinala que, muito provavelmente, não houve qualquer alteração pós-clássico neste texto, já que o mesmo estaria coerentemente inserido no âmbito de D.48,5,30(29).

Segundo F. BOTTA⁵³³, no fragmento de Marciano, diz respeito apenas ao regime da pena. É por esta razão que a violência sexual teria sido inserida no âmbito da *lex Iulia de vi*.

⁵²⁹ *La repressione della violenza* cit., p. 493: “‘*Vel quemquam*’ è un’innocua, quanto imprevedibile, frase completatrice e non è nemmeno ascrivibile a opera dei compilatori”.

⁵³⁰ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit. (nota 65 supra), p. 385, chegou a afirmar, com base no C.9,20,2, que a lei de violência era aplicada inclusive no caso de violação dos servo. Discordamos desta opinião, pois este texto refere-se não a um caso de estupro violento de escravo, mas à subtração violenta da mesma. Este fragmento está inserido no Título XX, *ad legem Faviam de plagiaris*.

⁵³¹ Neste sentido: T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit. (nota 65 supra), pp. 385-386; J. PLESCIA, *The development of the doctrine of ‘boni mores’ in roman law*, in *RIDA* 34 (1987), p. 307; M. MOLÈ, “*Stuprum*”, in *NNDI* 18 (1971), p. 584, nt. 14; E. CANTARELLA, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Milano, BUR, 2007, p. 150; G. RIZZELLI, *Le donne nell’esperienza* cit. (nota 13 supra), p. 68; DALLA, ‘*Ubi Venus mutatur*’ cit. (nota 262 supra), p. 121;

⁵³² “*Ubi venus mutatur*” cit. (nota 262 supra), p. 121: “*Le due testimonianze riportate non ci sembra però possano essere senz’altro demolite: quella di Marciano è troppo ben inserita nell’interno del frammento contenente fattispecie attinenti alla ‘vis’ per aver l’aria di una appiccatura (...)*”.

Aliás, a atração, por via analógica, de algumas espécies criminosas, inicialmente reguladas por legislação própria, às grandes áreas de ilícitos representadas pelas antigas *leges publicae*, foi um mecanismo típico do período severiano, encontrado inclusive nas Instituições de Marciano.

Na opinião deste autor a passagem de Marciano não sofreu alteração pós-clássica e está inserida na tentativa de sistematização da matéria criminal, realizada, na tarde idade severiana, através das grandes obras de comentários e de auxílio à prática forense. Neste sentido, ela seria claramente fruto da ampliação de hipóteses primitivas do crime *vis publica*⁵³⁴.

Entendemos que se trata de um texto clássico, pois tanto nos seus aspectos formais, quanto nos substanciais, o texto não apresenta qualquer incoerência. Aliás, relacionando este texto com o testemunho de Cícero (*Pro Cael.* 71), poderíamos inclusive afirmar que esta repressão do *stuprum per vim*, a título de *vis*, já estava consolidada no período clássico.

Quanto à previsão do *stuprum violentum* no conteúdo da lei Júlia de violência pública, o tema é delicado. Alguns autores entendem que este crime não constava no ditado original⁵³⁵.

Assim, a passagem D.48,6,3,4, admitindo o seu caráter clássico, seria o resultado de uma sucessiva extensão do conteúdo daquela lei.

Todavia, esta lei, embora fosse taxativa, era ampla no tocante às suas hipóteses, já que possuía pelo menos oitenta e oito capítulos⁵³⁶. Desta forma, não é possível precisar com certeza absoluta o conteúdo original desta lei.

A menção, no texto de Cícero, a uma lei de violência para reprimir um estupro violento homossexual, de qualquer forma, representa um significativo testemunho de que a *vis* foi utilizada para reprimir esta situação.

Devemos lembrar que, diante do conteúdo mutável dos crimes de *iniuria* e *vis*, o princípio da tipicidade não existia no direito romano. Desta forma, uma pessoa, vítima de violência sexual, poderia escolher a ação que melhor se adaptasse aos seus anseios.

Provavelmente, como já afirmamos anteriormente, desde o final da República o *stuprum per vim* poderia ser reprimido seja pela *iniuria*, seja pela *vis*, embora não saibamos exatamente qual foi a lei de violência aplicada neste momento.

⁵³³ ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 31.

⁵³⁴ F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 32.

⁵³⁵ Cf. M. BALZARINI, *Violenza* cit. (nota 2 supra), p. 840; G. RIZZELLI, ‘*Lex Iulia de adulteriis*’ cit. (nota 198 supra), p. 253, nt 311 e B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. (nota 224 supra), p. 454.

⁵³⁶ M. BALZARINI, *Violenza* cit. (nota 447 supra), p. 837, nt. 75, extrai esta informação da *Coll.*9,2,1-3.

Passemos a algumas observações sobre Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29),9.

Ulpiano, proveniente de Tiro, ocupou cargos públicos, tendo sido *adessor* do *praefectus praetorio* Papiniano. Em 222 d. C., finalmente tornou-se *praefectus praetorio*. Todavia, foi justamente entre os anos 212 e 222 d. C. que este jurista pôde se dedicar ao estudo e ao ensino do direito⁵³⁷.

Suas obras tinham majoritariamente a finalidade prática. Além disso, elas caracterizavam-se pela superficialidade na abordagem dos argumentos. Frequentemente, este autor reproduzia cláusulas dos editos, textos de leis, de senatusconsultos e de obras de jurisconsultos anteriores⁵³⁸.

É interessante observar que a única lei comentada separadamente, dentre as *leges* sobre os tribunais criminais ordinários, foi a *lex Iulia de adulteriis*. Sobre esta lei realizaram comentários Papiniano, Paulo e Ulpiano⁵³⁹.

A obra de Ulpiano *Ad legem Iuliam de adulteriis libri V* pôde ser parcialmente reconstruída através de vários fragmentos presentes no Digesto. Entretanto, F. SCHULZ⁵⁴⁰ afirma que, aparentemente, este texto de Ulpiano foi abreviado no período pós-clássico. Ademais, ele acrescenta, há poucas citações de literatura, sendo relevante a ausência de qualquer menção à obra de Papiniano.

O. LENEL⁵⁴¹, ao reconstruir o mencionado trabalho de Ulpiano, insere-o no Livro IV, na parte referente à prescrição do crime de adultério, *De praescriptione temporis*⁵⁴².

No Digesto este fragmento está introduzido no Livro 48, Título 5, denominado *Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*.

Nesta passagem, Ulpiano afirma não haver dúvida sobre duas questões. Em primeiro lugar, este jurisconsulto declara que, no caso de estupro violento praticado contra homem ou mulher, a acusação pode ser iniciada independentemente do prazo quinquenal previsto na *lex Iulia de adulteriis coercendis*.

Há uma decisão semelhante prevista no próprio título referente à lei de violência pública, no tocante à não aplicação deste prazo quinquenal na acusação do rapto⁵⁴³.

⁵³⁷ A. GUARINO, *L'Esegesi delle Fonti* cit. (nota 229 supra), pp. 234-235.

⁵³⁸ A. GUARINO, *L'Esegesi delle Fonti* cit. (nota 229 supra), p. 235.

⁵³⁹ F. SCHULZ, *History of Roman* cit. (nota 343 supra), pp. 335-336.

⁵⁴⁰ *History of Roman* cit. (nota 343 supra), p. 336 e nt. 7.

⁵⁴¹ *Palingenesia Iuris Civilis* cit. (nota 526 supra), v. II, p. 939.

⁵⁴² O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* cit. (nota 526 supra), v. II, pp. 938 e 939.

⁵⁴³ Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,5,2: “*Qui vacantem mulierem rapuit vel nuptam, ultimo supplicio punitur et, si pater iniuriam suam precibus exoratus remiserit, tamen extraneus sine quinquennii praescriptione reum postulare poterit, cum raptus crimen legis Iuliae de adulteris potestatem excedit*”.

Marciano (D.48,6,3,4), que já havia afirmado a aplicação dos ditames do *crimen vis* ao estupro violento, agora, consoante o pensamento de Ulpiano (D.48,5,30(29),9), explica que a prescrição quinquenal não se aplicava ao rapto, pois este crime excedia o alcance da lei de adultérios.

Partindo da análise em conjunto de Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,5,2 e Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29),9, podemos concluir que, a lei Júlia dos adultérios, por cuidar de crimes sexuais (adultério, estupro e lenocínio), certamente suscitava dúvidas sobre a atração, para si, de outros crimes de conteúdo sexual. Assim, os jurisconsultos eram chamados a se manifestar sobre a questão e a opinião deles não demonstra qualquer oscilação: esta *lex Iulia*, apesar de tratar de crimes sexuais, não abrange todos os crimes desta espécie.

Isto não pode significar que o rapto e o estupro violento tenham, em algum momento, integrado a repressão do adultério, já que não existem fontes claras neste sentido. Os textos jurídicos romanos apenas dizem que havia o questionamento em razão da contigüidade dos temas, mas a solução era coerentemente uma só: aplicava-se o *crimen vis*, pois o rapto e o *stuprum violentum* excediam o âmbito de aplicação da *lex Iulia de adulteriis*.

Além disso, Ulpiano, em D.48,5,30(29),9, pronuncia-se no sentido de que quem pratica o *stuprum per vim* comete o crime de violência pública. É interessante destacar que aqui há a especificação da espécie de crime de violência: entre os crimes de violência pública e privada, o jurista declara com certeza que este estupro qualificado insere-se no âmbito da violência pública.

Pode-se imaginar que esta decisão foi proferida ou diante de algum questionamento sobre a possível aplicação da *lex Iulia de adulteriis* ao caso, ou tão-somente com o fito de indicar com precisão a legislação aplicada ao crime em tela⁵⁴⁴.

Desta forma, compreende-se que não apenas a punição da *vis publica* era aplicada ao *stuprum per vim*, mas também que este último crime passou a integrar a “lista” das condutas caracterizadoras da violência pública.

É importante destacar que Ulpiano, ao tentar resolver a provável ambigüidade conceitual do *stuprum per vim illatum*, preocupou-se em dar uma solução no plano do direito substantivo, mas não negligenciou as pertinentes questões processuais. Desta forma, excluindo a prescrição – peculiaridade do regime de cognição do *adulterium* – o jurisconsulto procurou garantir a efetiva punição do *stuprum per vim*⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis* cit. (nota 198 supra), p. 252.

⁵⁴⁵ F. BOTTA, *Per vim inferre* cit. (nota 2 supra), p. 53.

G. RIZZELLI⁵⁴⁶, explica que, embora exista uma crítica quanto à deselegante repetição das expressões “*dubium non est*” e “*nulla dubitatio est*”, na realidade, isso não seria um problema, pois a expressão “*nulla dubitatio est*” não é utilizada para retomar a informação do início do parágrafo, mas sim para individualizar o crime no qual se insere a violência sexual.

O autor, ao ressaltar que não havia dúvidas sobre estas questões, está mencionando informações já há muito tempo consolidadas.

Pode-se imaginar que esta repetição seja o resultado não de interpolação, mas do fato de que esta obra de Ulpiano foi abreviada no período clássico, como vimos anteriormente.

A passagem Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29),9 está introduzida na parte final de um fragmento de Ulpiano, no qual são discutidas questões como o lenocínio do marido e, principalmente, as regras de contagem do prazo quinquenal para a acusação.

Afirma-se que este prazo de cinco anos era aplicado aos crimes de adultério, estupro e lenocínio, bem como a qualquer outro ilícito disciplinado pela lei Júlia sobre adultérios⁵⁴⁷.

Este fragmento é encerrado justamente com a exclusão deste termo para o crime de estupro praticado com violência, pois não haveria dúvida que se tratava de *vis publica*.

Observa-se, assim, uma sequência lógica na disposição das questões por Ulpiano.

Quanto aos questionamentos sobre possíveis interpolações do texto mencionamos H. NIEDERMEYER⁵⁴⁸, o qual sustentou a tese de que a parte final deste fragmento (*cum eum publicam vim committere nulla dubitatio est*) era interpolada, como veremos em seguida. Para ele era clássica a *accusatio vis*, mas seria uma espécie de *vis privata*.

Da mesma forma, G. LONGO⁵⁴⁹, ao analisar esta fonte, observa que o *stuprum* praticado mediante violência recaía sob a disciplina da *lex Iulia de vi*, tratando-se de uma inovação pertinente ao período de Constantino. Este autor acredita ser interpolada a parte final de D.48,5,30(29),9 no tocante ao “evidente” acréscimo ao texto original, utilizando-se da referência à *vis publica* como justificativa da *decisio*.

Há também um entendimento de que toda a passagem de Ulpiano seria interpolada.

⁵⁴⁶ *Lex Iulia de adulteriis* cit. (nota 198 supra), p. 252, nt. 308.

⁵⁴⁷ D.48,5,30(29),6.

⁵⁴⁸ ‘*Crimen plagii und crimen violentiae*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d’insegnamento*, v. 2, Milano, Fratelli Treves, 1930, p. 411.

⁵⁴⁹ “*Vis*”, in *NNDI* 18 (1971), p. 992.

G. FLORE⁵⁵⁰, o principal autor que defendeu a repressão do estupro violento pela lei dos adultérios, baseando-se em considerações formais, afirma que a parte final do passo de Ulpiano (*cum – nulla dubitatio est*) seria interpolada⁵⁵¹, pois: a) observa-se a existência de um “*cum*” causal com o indicativo⁵⁵²; b) o *committere* refere-se ao passado (*qui stuprum intulit vel mari vel feminae*) e não o *comisse*; e c) há uma deselegante proximidade entre as expressões *dubium non est* e *nulla dubitatio est*.

Este mesmo autor encontra, além destas considerações formais, outras, de cunho substancial, que seriam capazes, em sua opinião, de comprovar o caráter compilatório não apenas da parte final, mas de todo o parágrafo⁵⁵³.

Para ele, até o período de Diocleciano, teria sido a *lex Iulia de adulteriis* o instrumento legislativo apto reprimir o responsável pelo estupro violento. Somente após este momento a espécie foi matéria de crime pelo sistema *extra ordinem*⁵⁵⁴.

Explica, assim, que certamente a violência sexual foi punida *extra ordinem*, com a pena de morte, sendo que, inicialmente, ela era classificada como *iniuria*⁵⁵⁵. Então, diante da gravidade da pena e pela inserção do *stuprum per vim* no conceito de *iniuria*, a este delito naturalmente não seria aplicado o instituto da prescrição quinquenal⁵⁵⁶.

Esta prescrição, afirma o romanista, era um instituto pertinente, quase que exclusivamente, à legislação do crime de *adulterium*⁵⁵⁷. Se o *stuprum per vim* fosse, já no período clássico, classificado como crime de violência, não haveria necessidade de um jurista excluir a aplicação do prazo prescritivo⁵⁵⁸.

⁵⁵⁰ *Di alcuni casi cit.* (nota 302 supra), p. 348. A tese deste romanista foi a mais ampla demonstração de que o estupro não era *vis publica* no período clássico.

⁵⁵¹ Rechaçando a interpolação desta expressão que consta da parte final do texto de Ulpiano, destacamos F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit., p. 37, nt. 42: “*Espressione che va dunque interpretata nel senso di “qualora non vi siano dubbi che il reato commesso presenti i caratteri del ‘crimen vis publicae’ e, dunque, quando ciò sia emerso durante la ‘causa cognitio’ preliminar o l’accusatore ne abbia allegato le ragioni in quella sede (...)*”.

⁵⁵² Neste sentido, H. NIEDERMAYER, *Crimen plagii und crimen violentiae* cit. (nota 317 supra), p. 411.

⁵⁵³ G. FLORE, *Di alcuni casi cit.* (nota 302 supra), pp. 348-349.

⁵⁵⁴ G. FLORE, *Di alcuni casi cit.* (nota 302 supra), p. 350. Cf. C.9,9,27 (a. 295): “*Ita nobis pudor cordi est, ut removeamus prisci iuris ambages et constituamus in adulterii quaestione abolitis de medio ceteris praescriptionibus praeter quinquennii temporis et lenocinii quod marito obicitur exceptionem, illam etiam, quae post solum prius matrimonium ante denuntiationem nuptae competit, fidem criminis nosci. Indignum est enim, ut ultionem pudoris praestigiae versuti iuris excludant*”.

⁵⁵⁵ Cf. Paul.2,26,12 e 5,4,4 e 14.

⁵⁵⁶ G. FLORE, *Di alcuni casi cit.* (nota 302 supra), p. 349.

⁵⁵⁷ Esta prescrição quinquenal também era aplicada para os crimes de peculato e do *Senatusconsultum Silanianum* (Ulp. 7 *de off.proc.*, D.48,13,7 e Ulp. 50 *ad ed.*, D.29,5,13). Cf. G. FLORE, *Di alcuni casi cit.* (nota 302 supra), p. 350, nt. 53.

⁵⁵⁸ G. FLORE, *Di alcuni casi cit.* (nota 302 supra), p. 351.

Além disso, ressalta G. FLORE⁵⁵⁹, até Diocleciano (284-305)⁵⁶⁰, certamente houve a discussão se, sobre a mulher violentada, recaíam as sanções da *lex Iulia de adulteriis*. A permanência da dúvida, embora as soluções dos casos que reflitam tal questão estejam de acordo, no sentido da não aplicabilidade das sanções da lei dos adultérios, é um interessante indicativo de que até este momento houve alguma oscilação quanto à legislação aplicada ao caso.

Discordamos desta opinião. De fato, poderia ter sido questionada a aplicação da prescrição como uma tática de defesa do réu agressor, já que o *stuprum per vim* não deixava de ser uma relação sexual ilícita.

Ou ainda, podemos pensar na hipótese de um *stuprum violentum* contra uma mulher casada. Poderia ter sido indagado se esta mulher, após a consumação da relação sexual com um homem diverso do seu marido, mesmo se mediante força, recairia no *crimen adulterium*, ou melhor, se o seu agressor seria um *adulter*, já que violou a pureza do matrimônio alheio.

Neste último caso, adverte G. RIZZELLI⁵⁶¹, melhor seria pensar no concurso de crimes por parte do violentador.

Independentemente das citadas questões, quando esta fonte, embora trate do argumento da prescrição, é analisada com as demais fontes jurídicas sobre o tema, como veremos nas próximas exegeses, não é possível extrair, com certeza, mais informações do que as seguintes: a) não se aplicava o prazo prescricional ao estupro violento; b) este crime estava fora do sistema repressivo do adultério; e c) a ele eram aplicadas as disposições do *crimen vis*.

As motivações que originaram a passagem são apenas hipóteses que não podem ser confirmadas.

Ademais disso, outro argumento suscitado é que os textos relativos à essa matéria⁵⁶², ao indicarem exclusivamente a questão da inimputabilidade da mulher violentada, não mencionam outras disposições aplicáveis ao agressor. Esta abordagem

⁵⁵⁹ *Di alcuni casi cit.* (nota 302 supra), p. 349.

⁵⁶⁰ Cf. C.9,9,20: “*Foedissimam earum nequitiam, quae pudorem suum alienis libidinibus prosternunt, non etiam earum, quae per vim stupro comprehensae sunt, inreprehensam voluntatem leges ulciscuntur, quando etiam inviolatae existimationis esse nec nuptiis earum aliis interdicti merito placuit.*” (a. 290).

⁵⁶¹ *Lex Iulia de adulteriis*’ cit. (nota 198 supra), pp. 252-253.

⁵⁶² Mencionamos os seguintes: Ulp. 2 *de adult.*, D.48,5,14(13),7: “*Si quis plane uxorem suam, cum apud hostes esset, adulterium commisisse arguat, benignius dicitur posse eum accusare iure viri: sed ita demum adulterium maritus vindicabit, si vim hostium passa non est: ceterum quae vim patitur, non est in ea causa, ut adulterii vel stupri damnetur*”; e Pap. 15 *resp.*, D.48,5,40(39)pr.: “*Vim passam mulierem sententia praesidis provinciae continebatur: in legem Iuliam de adulteriis non commisisse respondi, licet iniuriam suam protegendae pudicitiae causa confestim marito renuntiari prohibuit*”.

suscita, a G. FLORE⁵⁶³, alguma incoerência, visto ser estranho discutir um caso em que se estabelece a exclusiva responsabilidade de apenas uma das partes de um crime e que exigiria sanções mais rigorosas.

Aqui, o autor desconsidera que o *stuprum per vim* não possuía uma autonomia conceitual e repressiva. Não havia uma lei um conceito jurídico sobre o tema. Sabemos da sua existência em razão de fragmentos que o mencionam sucintamente. Logo, não é estranho que nas fontes encontremos informações fragmentadas.

Ressalte-se que a ausência de autonomia conceitual deste crime foi um método repressivo romano, coerente com a lógica antiga, o que não significa que este crime não possuía, na praxe jurídica, um regramento consuetudinário. Não é possível criticar o sistema repressivo romano partindo de idéias formatadas pelo direito penal moderno.

G. FLORE⁵⁶⁴ ainda afirma que, talvez com Constantino e em razão da “introdução do critério religioso para a avaliação da gravidade do delito”, o estupro violento passou a ser reprimido *extra ordinem* com a pena de morte. Com esta modificação, a lei dos adultérios teria deixado de regular o *stuprum per vim*, não havendo mais necessidade de se respeitar o prazo prescricional de cinco anos, até mesmo com o objetivo de evitar a impunidade do violentador.

Porém, estas informações não encontram comprovação nas fontes. Como vimos anteriormente, a atribuição da pena de morte ao crime já ocorria muito antes, como atestariam as passagens contidas em P.S. 2,26,12 e P.S.5,4,1 e 4. O que, inclusive, seria contrário à aplicação da lei Júlia de adultérios ao caso, pois as penas estabelecidas nesta lei eram mais moderadas: confisco de parte dos bens e relegação. Desta forma, o prazo quinquenal nunca teria sido aplicado ao *stuprum violentum*.

Somente numa evolução subsequente, explica G. FLORE⁵⁶⁵, este crime foi inserido, no *Corpus Iuris Civilis*, no título referente à legislação de violência pública. Os motivos para tanto, consoante as observações do autor, seriam os seguintes: a) a aplicação da *lex Iulia de adulteriis* gerava o inconveniente da prescrição quinquenal. Esta lei, por sua vez, estabelecia tal prescrição de forma praticamente exclusiva; b) o elemento *vis* era parte constitutiva da espécie. Se ele não fosse verificado, ao caso seria aplicada a lei dos adultérios; c) a maior gravidade das penas estabelecidas pela *lex Iulia de vi publica* era

⁵⁶³ *Di alcuni casi cit.* (nota 302 supra), p. 350.

⁵⁶⁴ *Di alcuni casi cit.* (nota 302 supra), p. 350.

⁵⁶⁵ G. FLORE, *Di alcuni casi cit.* (nota 302 supra), p. 351.

mais adequada à proposta repressiva mais severa da violência sexual, cuja pena passou a ser mais a morte.

Todos estes motivos, unidos aos testemunhos das citadas Sentenças de Paulo, justificariam a inaplicabilidade da lei dos adultérios ao *stuprum per vim* já no período clássico.

Adotando as críticas realizadas por G. FLORE, encontramos a recente opinião de F. LUCREZI.

Este autor, após afirmar que não havia outras provas de que existia, já no período clássico, a consolidação teórica de uma categoria de *stuprum per vim*, fazendo com que o estupro violento fosse inserido no âmbito da perseguição *de vi*, declara que não teria havido, já no início do séc. III d.C., uma específica sanção da violência sexual como *crimen vis*⁵⁶⁶.

A ampliação das hipóteses de emprego da *lex Iulia de vi*, explica este autor, teria, muito provavelmente, ocorrido no ambiente cultural do dominato bizantino, quando a legislação romano-cristã passou a dar maior importância às questões éticas e às repressões no tocante aos comportamentos sexuais⁵⁶⁷.

Destacamos, porém, opiniões em sentido contrário.

Segundo G. RIZZELLI⁵⁶⁸, é possível que, por analogia com a *iniuria*, a *lex Iulia de vi publica* tenha sido aplicada ao *stuprum* violento, o que não significa que isso apenas teria ocorrido por obra dos compiladores justinianeus⁵⁶⁹. Este romanista entende que ao estupro violento não era possível a aplicação da *lex Iulia de adulteriis*, visto que a mesma exigia, para a configuração do adultério, que os sujeitos da união proibida agissem com dolo⁵⁷⁰. Assim, este autor discorda de G. FLORE, entendendo que não houve discussão, até Diocleciano, sobre a possível aplicação da lei Júlia dos adultérios.

Outro autor que defende o caráter clássico desta passagem atribuída a Ulpiano foi D. DALLA⁵⁷¹ o qual afirma, em sua breve análise sobre o tema, não ter ocorrido qualquer inovação pós-clássica em D.48,5,30(29),9.

Na sua opinião, o argumento de que o estupro violento seria regulado pela *lex Iulia de adulteriis* em razão da inserção de um parágrafo relativo ao *stuprum per vim* na *opera de adulteriis* deveria ser rechaçado, pois D.48,5,39(29),9 já se inicia com uma contraposição (“*eum autem*”) à lei dos adultérios, ou seja, com a exclusão do prazo

⁵⁶⁶ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), pp. 24-25.

⁵⁶⁷ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 25.

⁵⁶⁸ *Lex Iulia de adulteriis* cit. (nota 198 supra), p. 253.

⁵⁶⁹ Cf. Marcian. 14 *inst.* D.48,6,3,4.

⁵⁷⁰ Cf. Ulp. 1 *adult.* D.48,5,13(12).

⁵⁷¹ “*Ubi venus mutatur*” cit. (nota 262 supra), p. 121.

qüinqüenal: “*Eum autem, qui per vim stuprum intulit vel mari vel feminae, sine praefinitione huius temporis accusari posse dubium non est (...)*”. Seria, portanto, natural que neste texto houvesse uma referência à aplicação da *lex Iulia de vi* diante da modalidade de *stuprum* violento⁵⁷².

U. BRASIELLO⁵⁷³ já entende que a repressão seria pela *iniuria*, embora concorde com a tese de G. FLORE, no sentido de que este fragmento seria interpolado e, portanto, o estupro *per vim* não seria um *crimen vis* no período clássico. Partindo da tese interpolacionista, ele conclui que a repressão do crime em tela apenas poderia ocorrer pelas repressões do adultério e da injúria, já que seria eliminado o caráter clássico da *accusatio vis* para o *stuprum per vim*.

Este mesmo autor, por outro lado, critica G. FLORE ao questionar qual seria a hipótese de repressão *extra ordinem* com a pena de morte, considerando que esta pena só foi aplicada ao adultério tardiamente⁵⁷⁴.

Destacamos, por fim, a inovadora opinião de F. BOTTA no sentido de que o fragmento de Ulpiano realmente seria clássico, o que não significa que inexistia uma ligação entre a *lex Iulia de adulteriis* e o *stuprum per vim*.

Inicialmente o autor critica severamente a tese interpolacionista, identificando nela concretos problemas hermenêuticos.

Segundo este autor, os problemas interpretativos que surgem não podem ser resolvidos com a simples argumentação de que a não aplicabilidade da prescrição qüinqüenal no caso em tela resultaria numa punição *ex lege de vi*, ou com a indagação de que Ulpiano, no mencionado trecho, estaria reagindo à opinião de alguém que defendia a aplicação, ao estupro violento, da *lex Iulia de adulteriis*⁵⁷⁵.

Segundo F. BOTTA⁵⁷⁶, embora o fragmento em questão não prove a aplicação da *lex Iulia de adulteriis* ao *stuprum per vim illatum*, não há dúvida de que ele indica a existência de determinadas ligações entre os ilícitos pertencentes à tal lei e a violência sexual. Ademais, o parágrafo nono provavelmente voltou-se à efetivação de dois objetivos: 1) apartar duas figuras delitivas contíguas; e 2) evidenciar as razões que deram origem a esta mesma contigüidade.

⁵⁷² D. DALLA, “*Ubi venus mutatur*” cit. (nota 262 supra), p. 121.

⁵⁷³ *La repressione penale* cit. (nota 283 supra), p. 226.

⁵⁷⁴ *La repressione penale* cit. (nota 283 supra), pp. 227-228.

⁵⁷⁵ F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 33.

⁵⁷⁶ ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), pp. 33-34.

O texto de Ulpiano questiona a aplicação de uma regra de procedimento da acusação. Buscava-se impedir que o sujeito ativo de um crime enquadrado dentre as espécies de *crimen adulterii*, fosse beneficiado pela prescrição quinquenal⁵⁷⁷.

Quando Ulpiano identifica o crime objeto do comentário como estupro *per vim*, ele o diferencia dos ilícitos *stuprum* e *adulterium*. Declara-se a punibilidade *vis publica* da violência carnal, incluindo na mesma circunstância o estupro violento homossexual. E isto ocorre em função da relevância discriminatória que assume o elemento da *vis*⁵⁷⁸.

Para F. BOTTA⁵⁷⁹, Ulpiano aventa a possibilidade de que a *fattispecie* do *stuprum per vim* pudesse ter sido confundida com o *adulterium* ou *stuprum* na percepção da praxe jurisdicional. Possivelmente a *praescriptio* foi suscitada como meio de defesa, tendo sido denegada. Tal provocação certamente ocorreu num momento anterior à fixação dos termos do juízo, no qual seria possível propor *praescriptiones*.

Desta forma, pois, negando-se a possibilidade do uso da prescrição quinquenal, foi afirmado o valor discriminatório da *vis* e houve o deslocamento da *fattispecie*, nos âmbitos processual e sancionatório, para a *lex de vi*⁵⁸⁰.

Então conclui F. BOTTA⁵⁸¹ que, admitida a autenticidade do texto de Ulpiano, este fragmento representaria a determinante subsunção do *stuprum per vim* ao interno do regime do *crimen vis*. Porém, permanece o problema da história da repressão, destacado pela contigüidade entre o estupro violento e a legislação sobre o adultério. Por tal *interpretatio* jurisprudencial, foram desativadas algumas regras processuais próprias da repressão do adultério. Desta forma, teria ocorrido uma ruptura: a cognição do *stuprum per vim illatum* deixou de ser processado segundo a lei dos adultérios, sendo subsumida *sub lege de vi*.

Após estas análises e críticas, concluímos que o texto de Ulpiano (D.48,5,30(29),9) é clássico e coerente com o argumento presente em Marciano (D.48,6,3,4).

Apesar da lei de adultérios disciplinar os crimes de índole sexuais, o seu âmbito de aplicação era sabidamente limitado aos crimes de adultério, estupro e lenocínio.

O sistema repressivo desta lei pressupunha o dolo de praticar relações sexuais ilícitas consensuais e suas penas eram mais brandas quando comparadas com a pena capital aplicada ao estupro violento (P.S. 2,26,12).

⁵⁷⁷ F. BOTTA, 'Per vim inferre' cit. (nota 2 supra), pp. 34-35.

⁵⁷⁸ F. BOTTA, 'Per vim inferre' cit. (nota 2 supra), p. 35.

⁵⁷⁹ 'Per vim inferre' cit., p. 36. Ulp. 2 de adult. D.48,5,16,7: "Praescriptiones, quae obici solent accusantibus adulterii, ante solent tractari, quam quis inter reos recipiatur: ceterum posteaquam semel receptus est, non potest praescriptionem obicere".

⁵⁸⁰ F. BOTTA, 'Per vim inferre' cit. (nota 2 supra), p. 37.

⁵⁸¹ 'Per vim inferre' cit. (nota 2 supra), pp. 38 e 54.

Além disso, a prescrição quinquenal sempre teria sido um impedimento para a atração de outros crimes mais graves para esfera repressiva da *lex Iulia de adulteriis*.

Em razão da contigüidade entre os crimes com conteúdo sexual, também quanto ao rapto teria sido questionada a aplicação do prazo quinquenal. Porém, assim como não se afirmou a inserção deste crime na lei dos adultérios, o mesmo também deve ocorrer com o *stuprum per vim*.

2. Exegese de Ulp. 2 “de adult.”, D.48,5,14(13),7

Si quis plane uxorem suam, cum apud hostes esset, adulterium commisisse arguat, benignius dicetur posse eum accusare iure viri: sed ita demum adulterium maritus vindicabit, si vim hostium passa non est: ceterum quae vim patitur, non est in ea causa, ut adulterii vel stupri damnetur.

Se alguém acusa a sua mulher de ter cometido adultério enquanto estava junto aos inimigos, com maior benignidade se dirá que ele poderá acusar *iure viri*: mas então o marido vingará o adultério se ela não sofreu violência junto aos inimigos: ademais, aquela que sofre violência não está na situação de ser condenada por adultério ou por estupro.

Este texto foi objeto de muito debate pela doutrina, tendo sido formulada inclusive duas propostas de reconstrução do texto⁵⁸².

Ocorre que todo este debate doutrinário centrou-se principalmente nas questões referentes à primeira parte da passagem.

No *Corpus Iuris Civilis*, o presente fragmento encontra-se no Livro 48, Título 5: *Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*.

Ele foi extraído da obra *Ad legem Iuliam de adulteriis Libri V*, no seu Livro II⁵⁸³,

O texto localiza-se coerentemente em um extenso fragmento de Ulpiano que trata especificamente da *accusatio iure mariti*, ou seja, da acusação privilegiada, prevista pela *lex Iulia de adulteriis coercendis*, que cabia ao marido contra a sua esposa adúltera.

Várias regras sobre esta acusação são elencadas como, por exemplo, o homem não podia utilizar esta *accusatio* privilegiada contra a sua concubina (D.48,5,14(13) pr.) ou contra sua esposa por fato anterior ao seu casamento (D.48,5,14(13),6).

Cabe mencionar que o *adulterium*, isto é, a união sexual entre uma mulher casada e um homem diverso do seu marido, era coibida, primeiramente, pela *accusatio iure mariti vel patris*, uma acusação reservada, dirigida pelo pai e pelo marido da adúltera⁵⁸⁴.

⁵⁸² Uma por E. VOLTERRA, *In tema di ‘accusatio adulterii’* cit. (nota 247 supra), p. 125, após um profundo estudo realizado pelo autor, e outra por V. BANDINI, *Appunti in tema di reato di adulterio*, in *Studi in onore di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 499.

⁵⁸³ O. LENEL, *Paligenesia Iuris Civilis* cit. (nota 526 supra), v. II, p. 933.

⁵⁸⁴ Cf. Scaev. 4 reg. D. 48, 5, 15 (14), 2.

O fundamento da legitimação do pai e do marido para uma acusação privilegiada era a relação particular que os unia à mulher e que fazia surgir uma situação valorada como *iniuria*. Além disso, objetivou-se manter um resquício da antiga preferência da ordem jurídica romana pela iniciativa familiar na repressão do adultério⁵⁸⁵.

A citada acusação deveria ser intentada durante os dois meses que se seguiam ao divórcio. Caso contrário, poderia ser proposta a *accusatio iure extranei* por qualquer cidadão romano e dentro de um período de cento e vinte dias úteis⁵⁸⁶. Após cinco anos contínuos não seria mais possível ajuizar nenhuma das medidas judiciais⁵⁸⁷.

Na passagem contida em Ulp. 2 *adult.*, D.48,5,14(13),7, considerando o texto genuíno, é analisada a questão do *adulterium* praticado por uma mulher que estava submetida ao poder de inimigos. Esta circunstância, afirma Ulpiano, não impede que o marido desta ofereça uma acusação privilegiada, caso ele tenha notícia sobre a prática do adultério pela esposa. Porém, o jurista declara que, havendo violência, ficava excluída a condenação da mulher.

Provavelmente esta solução apresentada pelo jurisconsulto originou-se da acusação privilegiada, efetivada por um marido, contra a sua esposa. Ou ele buscava a punição de sua mulher mesmo sabendo da violência sofrida – e neste caso teria sido impedido a dar continuidade ao seu objetivo pela praxe judiciária –, ou esta violência ficou comprovada após o início do processo de adultério e acabou extinguindo a punibilidade do crime.

Logo, no caso de *stuprum per vim*, não era possível a aplicação de nenhuma das sanções previstas pela *lex Iulia de adulteriis*. Não há, porém, qualquer indicação sobre a legislação aplicada ao caso.

Muitos autores abordaram esta passagem de Ulpiano, embora tenham se restringido principalmente à análise da primeira parte do fragmento, a qual trata do *postliminium* e da *accusatio adulterii*⁵⁸⁸. A questão do estupro violento, neste texto, foi pouco explorada pela doutrina, talvez pelos sérios problemas interpretativos que a primeira metade do fragmento proporciona⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ Cf. G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis* cit. (nota 196 supra), pp. 35-37.

⁵⁸⁶ Cf. Ulp. 8 *disp.* D. 48, 5, 4, 1.

⁵⁸⁷ Segundo Pap. *lib. sing. adult.* D. 48, 5, 12, 4, após os seis meses do divórcio, somente seria permitido perseguir o cúmplice.

⁵⁸⁸ Elencando todos os autores que enfrentaram o tema, mesmo quando superficialmente, M. R. DE PASQUALE, *Ulpiano equivocato*, in *Labeo* 42/3 (1996), pp. 411-412; H. ANKUN, *La captiva adultera* cit. (nota 363 supra), pp. 190-191; e G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis* cit. (nota 198 supra), p. 207-211.

⁵⁸⁹ F. BOTTA, '*Per vim inferre*' cit. (nota 2 supra), pp. 46-47, traçou breves considerações e F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 26, cita o texto apenas para afirmar que "*l'elemento della violenza emerge come circostanza scriminante, non come oggetto di sanzione*".

Desta forma, passamos a mencionar apenas as principais construções teóricas sobre o tema para, depois, analisarmos a questão do estupro violento.

A primeira grande crítica ao coube a E. VOLTERRA⁵⁹⁰, o qual observou que este texto foi profundamente alterado pelos compiladores, principalmente em razão do seu conteúdo.

Em primeiro lugar, ele destaca que a forma “*benignus*” era característica dos bizantinos, sendo muito utilizada para modificar radicalmente ou atenuar o conteúdo de uma norma clássica. Esta seria uma indicação de que Ulpiano teria negado a acusação *iure viri*. H. ANKUN⁵⁹¹, porém, critica esta opinião ao afirmar que tal termo era utilizado propriamente no direito clássico para exprimir uma exceção a uma regra já consolidada.

Além disso, o ditado desta passagem contraria as regras aplicadas aos prisioneiros de guerra existentes no período clássico⁵⁹².

M. TALAMANCA⁵⁹³ elenca, dentre as causas de dissolução do matrimônio, a *capitis deminutio maxima* e recorda que o matrimônio romano, sendo fundado na permanência da *affectio maritalis*, não era retomado com o *ius postlimini*.

Explica, E. VOLTERRA⁵⁹⁴, que, no direito clássico, a prisão por guerra dissolvia *ipso iure* o vínculo matrimonial, o que gerava drásticas consequências, apenas amenizadas no tardo Império Romano. Nesta condição de *captiva* não subsistia as *iustae nuptiae* e, por consequência, a mulher, deixando de ser casada, não podia cometer adultério nos termos da lei. Assim, deduz o estudioso ser absurda uma disposição de Ulpiano no sentido de conceder, no caso, uma acusação privilegiada por direito de marido.

Então, após a análise dos comentários ao Bas.60,37,15, os quais apresentam os princípios clássicos desta matéria e mencionam a passagem presente em D.48,5,14(13),7, E. VOLTERRA⁵⁹⁵ apresenta a reconstrução do que provavelmente foi o ditado original de Ulpiano.

Quanto às alterações, observamos o seguinte: a) eliminação da expressão bizantina “*benignus*”; b) há a proibição do uso da acusação privilegiada do marido, mas permite-se

⁵⁹⁰ In tema di ‘*accusatio adulterii*’, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, v. 2, Milano, Fratelli Treves, 1930, p. 122.

⁵⁹¹ *La captiva adultera* cit., p. 195. Também entendendo que o termo “*benignus*” podia ser utilizado no período clássico, J. A. C. THOMAS, ‘*Accusatio adulterii*’, in *IURA* 12 (1961), p. 79.

⁵⁹² E. VOLTERRA, In tema di ‘*accusatio adulterii*’ cit. (nota 590 supra), pp. 122-123.

⁵⁹³ *Istituzioni di diritto romano* cit. (nota 56 supra), p. 140.

⁵⁹⁴ In tema di ‘*accusatio adulterii*’ cit. (nota 590 supra), p. 123.

⁵⁹⁵ In tema di ‘*accusatio adulterii*’ cit. (nota 590 supra), p. 125. A sua reconstrução: “*Si quis plane uxorem suam, cum apud hostes esset, adulterium commisisset arguat, dicetur non posse eum accusare iure viri. sed iure extranei adulterium maritus vindicabit, si vim hostium passa non est: ceterum quae vim patitur, non est in ea causa, ut adulterii vel stupri damnetur*”.

ao mesmo o uso da acusação *iure extranei*, considerando que a equiparação entre prisioneira e escrava estava já relativizada naquele período. Este último argumento, porém, foi muito questionado.

G. RIZZELLI⁵⁹⁶, considerando a argumentação de E. VOLTERRA falha, explica que nem mesmo a prática de *stuprum* poderia ser alegada pelo marido, visto que este crime não pode ser cometido contra uma escrava, a condição da prisioneira de guerra. Não haveria, pois, os pressupostos para a aplicação da acusação de adultério.

A mencionada reconstrução, assim, não resolveu a incoerência da fonte examinada.

De qualquer forma, cabe ressaltar que E. VOLTERRA⁵⁹⁷ não viu qualquer sinal de interpolação na parte final do fragmento (*quae vim patitur... stupri damnetur*). Aliás, ele afirma esta passagem é original e imune às interpolações, pois obedecem com exatidão os princípios do direito clássico sobre a matéria, os quais exigem a vontade e a consciência de realizar a prática criminosa para a aplicação da pena.

Uma argumentação diferente é atribuída a V. BANDINI⁵⁹⁸, o qual propôs uma leitura completamente diversa do fragmento e considerou a parte final do fragmento de origem bizantina. Segundo este autor, o marido seria, na realidade, o prisioneiro de inimigos e a mulher, permanecendo em Roma livre, teria cometido adultério. Desta forma, seria possível resolver a incoerência da passagem, pois, com a captura do marido, o casamento seria dissolvido, mas a mulher poderia ser acusada por *stuprum*. Sua proposta de reconstrução do fragmento, altera-o profundamente, embora não encontre um apoio seguro nas fontes.

A principal proposta de que o texto é genuíno coube a H. ANKUN⁵⁹⁹, o qual entendeu que a opinião de Ulpiano era uma exceção à regra geral de dissolução do matrimônio pela captura de um dos cônjuges.

G. RIZZELLI⁶⁰⁰, considera convincente a tese de H. ANKUN e afirma que, mesmo existindo o regramento clássico da dissolução do matrimônio em caso de captura, não se pode negar que ainda no período clássico foram reconhecidos determinados efeitos ao

⁵⁹⁶ *Lex Iulia de adulteriis* cit. (nota 198 supra), p. 208.

⁵⁹⁷ *In tema di 'accusatio adulterii'* cit. (nota 247 supra), p. 125.

⁵⁹⁸ *Appunti in tema di reato di adulterio*, in *Studi in onore di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 499. Destacamos a sua proposta: "*Si quis plane uxorem suam, cum 'ille' apud hostes esset adulterium commisisset arguat, dicitur eum accusare, sed non iure viri*".

⁵⁹⁹ *La captiva adultera* cit. (nota 363 supra), p. 195. Antes, porém, J. A. C. THOMAS, '*Accusatio adulteriis*' cit. (nota 363 supra), pp. 78-76, também defendeu o caráter genuíno do texto, entendendo existir, já no período clássico, algumas intervenções imperiais para amenizar os rigores do *postliminium*.

⁶⁰⁰ *Lex Iulia de adulteriis* cit. (nota 198 supra), p. 208.

matrimônio da pessoa capturada, quando esta retornava à pátria e retomava o seu casamento.

Destacamos ainda a opinião de P.URSO⁶⁰¹, entendendo ser claramente coerente com o sistema justinianeu este fragmento de Ulpiano e contrário ao princípio clássico de dissolução de casamento de pessoa capturada por inimigos.

Para M. R. DE PASCALE⁶⁰², a parte final deste texto é completamente interpolada. Entende, esta autora, embora reconhecendo a autenticidade da primeira parte do texto, que o marido militar teria retornado a Roma, após se libertar dos inimigos, e retomado o seu casamento, sendo que, posteriormente, ele ficou sabendo que foi traído. Ulpiano teria dado um parecer sobre a acusação, neste caso, sem, porém, mencionar qual das partes teria sido prisioneiro dos inimigos. Então, diante da perplexidade de um glosador – que entendeu o fato como a captura da mulher, o que seria inconciliável com a *accusatio adulterii*, teria inserido ingenuamente a segunda parte do texto.

Vemos, assim, que as opiniões dos estudiosos sobre o tema são variadas. Alguns consideram que houve interpolação em todo o fragmento, outros, apenas parcialmente.

Deixando de lado as discussões sobre a primeira parte do fragmento, mencionadas apenas brevemente, pudemos perceber que os autores simplesmente ignoram a exegese da segunda parte ou a mencionam de forma breve. E. VOLTERRA afirmou que esta parte do texto era clássica, V. BANDINI acredita que se trataria de uma alteração bizantina, e M. R. DE PASCALE supôs se tratar se um ingênuo acréscimo de um glosador.

Destacamos a opinião dos poucos romanistas que estudam especificamente o tema violência sexual no direito romano sobre o mencionado texto de Ulpiano.

F. BOTTA⁶⁰³ explica que o princípio de caráter geral localizado na parte final do mesmo: *ceterum quae vim patitur, non est in ea causa, ut adulterii vel stupri damnetur* é clássico. Esta passagem seria, pois, substancialmente genuína e estaria em conformidade com o direito clássico, devendo ser interpretada no sentido de que a mulher violentada não ficava sujeita à punição por adultério ou por estupro, embora ela pudesse sofrer a acusação.

⁶⁰¹ *Il matrimonio del prigioniero in diritto romano*, in *SDHI* 58 (1992), p. 124.

⁶⁰² *Ulpiano equivocato* cit. (nota 588 supra), p. 419. O fundamento encontrado pela autora são dois fragmentos, *Iul. 62 dig.*, D.24,2,6 e *Paul. 3 ad l. Iul.*, D.49,15,8, os quais afirmam que a mulher de um prisioneiro apenas poderia contrair novas núpcias após o período de cinco anos.

⁶⁰³ F. BOTTA, '*Per vim inferre*' cit. (nota 2 supra), p. 47.

Ademais, F. LUCREZI⁶⁰⁴ cita Ulp. 2 *adult.*, D.48,5,14(13),7, para afirmar que o elemento *vis*, no estupro violento, emerge não como objeto de sanção, mas como circunstância discriminante.

Numa outra perspectiva, G. RIZZELLI⁶⁰⁵ menciona esta passagem durante a sua análise sobre o presumido consenso da mulher diante da violência sofrida nas fontes romanas. Para ele, talvez os juristas romanos não considerassem oportuno excluir automaticamente a relevância do consenso feminino em relação a eventuais relações que tivessem ocorrido durante o período em que esteve com os inimigos.

Passamos, então a fazer algumas observações.

Não há dúvida de que esta segunda parte do fragmento é clássica, pois ela é confirmada pelos fragmentos anteriormente mencionados, ou seja, Marcian. 14 *inst.*, D.48,6,3,4 e Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29),9. Todos expressam o mesmo “princípio” de que o estupro violento excede o âmbito de aplicação da *lex Iulia de adulteriis*.

Muito interessante é a observação de E. VOLTERRA sobre os princípios do direito clássico que exigem a vontade e a consciência do ato para a aplicação da pena. Não como pretender a aplicação da lei Júlia de adultérios a uma mulher que sofreu violência, pois falta o pressuposto para tanto: a sua vontade.

O fato de a mulher ter sido acusada, mas não ter sido condenada, significa que ela não praticou o crime previsto na legislação. Neste ponto concordamos com F. LUCREZI, pois a violência, neste crime, atua como circunstância discriminante.

Quanto à perspectiva de G. RIZZELLI, consideramos que esta fonte é uma comprovação de que não existia na praxe jurídica romana, a presunção do consentimento da vítima diante da violência sexual, pois vemos, no caso, que a alegação e, certamente, a comprovação da violência, ofertava plena proteção à vítima.

A proteção da mulher vítima de estupro está aqui comprovada.

⁶⁰⁴ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 26.

⁶⁰⁵ *In has servandae* cit. (nota 2 supra), p.132.

3. Exegese de Pap. 15 “resp.”, D.48,5,40(39) pr.

Pap. 15 *resp.*, D.48,5,40(39) pr.: *Vim passam mulierem sententia praesidis provinciae continebatur: in legem Iuliam de adulteriis non commisisse respondi, licet iniuriam suam protegendae pudicitiae causa confestim marito renuntiari prohibuit.*

Estava consignado na sentença do governador da província que uma mulher sofreu violência: respondi que ela não tinha incorrido na lei Júlia sobre os adultérios, embora houvesse proibido, para proteger a própria pudicícia, que fosse levado ao conhecimento do marido a injúria que sofrida.

Papiniano foi o último grande jurista romano da Idade Severiana e caracterizou-se, nos seus escritos, pela profundidade e pela sensibilidade. Vivendo no mesmo período de Paulo e de Ulpiano, destacou-se em relação a estes pela originalidade do seu pensamento, bem como pela prontidão da sua intuição jurídica⁶⁰⁶.

Um livro *responsorum* era a coletânea de *responsa*, provavelmente organizado segundo a ordem do edito pretoriano. Normalmente, cada *casus* era resumido, omitindo-se dados específicos, como o nome das partes. Por outro lado, algumas observações sobre situações análogas eram agregadas⁶⁰⁷.

O presente caso diz respeito aos Livros XIX *responsorum*, provavelmente compilados após 198 d.C.. No tocante à ordem sistemática da obra, observa-se aquela das *quaestiones*⁶⁰⁸. Quanto ao conteúdo, nota-se um direito casuístico reduzido em termos abstratos⁶⁰⁹.

Além dos *responsa* de Papiniano, encontra-se, nestes estudos, *responsa* de jurisconsultos anteriores, bem como algumas constituições imperiais e *decreta* dos *praefecti praetorio*⁶¹⁰.

O fragmento em análise, localizado no Livro 48, Título 5, do Digesto, insere-se no Livro XV dos XIX *responsorum* de Papiniano, no tema *Ad legem Iuliam de adulteriis*⁶¹¹.

⁶⁰⁶ A. GUARINO, *L'Esegesi delle Fonti* cit. (nota 229 supra), pp. 225-226.

⁶⁰⁷ A. GUARINO, *L'Esegesi delle Fonti* cit. (nota 229 supra), pp. 173-174.

⁶⁰⁸ Segundo F. SCHULZ, *History of Roman* cit. (nota 343 supra), p. 424, a obra supracitada foi organizada através da reunião de *problemata*, consoante o sistema dos *Digesta*.

⁶⁰⁹ F. SCHULZ, *History of Roman* cit. (nota 343 supra), p. 424. Este autor afirma (p. 426) que a presente obra foi submetida a uma séria revisão no início do período pós-clássico.

⁶¹⁰ A. GUARINO, *L'Esegesi delle Fonti* cit. (nota 229 supra), p. 230.

⁶¹¹ O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* cit. (nota 526 supra), v. I, p. 942.

O texto apresenta a seguinte situação: uma mulher casada foi violentada e manteve este fato escondido do marido para preservar a sua honestidade. Este fato foi consignado numa sentença do governador da província e foi solicitado o parecer de Papiniano sobre a possibilidade de aplicação da *lex Iulia de adulteriis* em face da mulher.

Papiniano concedeu o parecer afirmando que esta mulher, em razão da violência sofrida, não havia praticado nenhum dos crimes previstos na mencionada lei.

O fragmento ainda oferece mais uma interessante informação. A mulher havia proibido que marido ficasse sabendo da violência sofria, ou melhor, da *iniuria* sofria. Este fragmento confirmaria o nosso entendimento de que, durante o período clássico, o sistema repressivo da *iniuria* era aplicado ao estupro violento.

Este texto de Papiniano apresenta uma interessante ligação com Ulp. 2 *de adult.*, D.48,5,14(13),7. Nestes dois casos de estupro é esclarecida a situação de duas mulheres casadas que sofreram violência sexual.

Em razão de serem casadas e, possivelmente, pela situação particular vivenciada por elas (uma era prisioneira de inimigos, a outra havia escondido a violência do marido), os juristas manifestaram-se para esclarecer que, pelo fato da violência, elas não incorriam em qualquer dos crimes da lei Júlia sobre os adultérios.

Provavelmente, porém, o esclarecimento referia-se à acusação pelo crime de adultério, já que elas eram casadas. A solução apresentada tanto por Ulpiano, quanto por Papiniano foi a mesma: a violência exclui a aplicação da lei Júlia de adultérios.

F. BOTTA⁶¹² observa como foi avaliado, neste momento processual, o fato da mulher esconder do marido o acontecimento: uma tentativa de proteger a sua integridade moral. Contudo, é provável que a mesma circunstância tivesse sido utilizada como indício de culpa e, sobre ela, tenha sido articulada parte ou todo o aparato probatório da *accusatio* ajuizada em face da mulher.

De fato, a suspeita, pelo comportamento da vítima, mantendo o fato escondido do marido, teria, neste específico caso, gerado a dúvida sobre a prática do adultério. Observe-se, pois, que não foi simplesmente em razão da violência sexual que a acusação por adultério foi mencionada.

De qualquer forma, o que se pode afirmar sobre esta passagem é que a mulher, vítima de violência sexual, não era submetida à sanção penal do adultério ou do estupro consensual. Certamente, os juristas romanos, para atingirem tal escopo, faziam uso do

⁶¹²‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 48.

princípio geral próprio da *lex Iulia*, segundo o qual era necessária, para a existência da punibilidade, a existência do dolo por parte do sujeito ativo do crime. A *vis*, neste caso, operava com um elemento de exclusão da culpabilidade⁶¹³.

Entendemos, porém, tratar-se de exclusão de tipicidade, pois sem o dolo o crime não se configura.

Aliás, baseando-se neste fragmento de Ulpiano, H. SIVAN⁶¹⁴ explica como o direito clássico romano seguia o princípio de que o ofensor apenas poderia incorrer em determinado crime se ele atuasse maliciosamente e com pleno conhecimento. Esta noção, menciona este autor, teria sido ignorada no direito romano pós-clássico.

Para F. BOTTA⁶¹⁵, o presente fragmento demonstraria não apenas a possibilidade prática da acusação de adultério contra a mulher violentada, embora tal assertiva não esteja explícita no texto, mas também que Papiniano não via qualquer irregularidade nesta praxe.

Entendemos, contrariamente a este autor, que não existia uma específica prática de acusação de adultério de mulher casada violentada, pois o que as fontes afirmam é que a mulher violentada não incorria nos crimes da lei Júlia de adultérios. A acusação por adultério, no caso em tela, não teria derivado da violência sexual, mas das circunstâncias: a mulher escondeu o fato do marido.

G. RIZZELLI⁶¹⁶ afirma que o teor do fragmento supracitado parece demonstrar a possibilidade de se usar uma *praescriptio* por parte da ré, de forma que nem mesmo se formalizasse uma acusação.

Observa-se, pois, a importância que Papiniano atribuiu à investigação da violência sexual, antecipadamente à eventual acusação.

A doutrina diverge no tocante à ligação entre D.48,5,40(39) pr. e o seu §1º.

Os autores que defendem a punição do *stuprum per vim*, no período clássico, através da lei de adultérios, interpretam que este §1º está referindo-se à hipótese do princípio, ou seja, ao estupro violento.

Segundo G. FLORE⁶¹⁷, neste parágrafo encontra-se a derrogação de uma regra ordinária, segundo a qual um estranho apenas poderia acusar uma adúltera após a

⁶¹³ F. BOTTA, 'Per vim inferre' cit. (nota 2 supra), p. 49.

⁶¹⁴ Rabbinić an roman legal perspectives on detecting adultery, in SZ 116 (1999), p. 124.

⁶¹⁵ F. BOTTA, 'Per vim inferre' cit. (nota 2 supra), p. 49.

⁶¹⁶ RIZZELLI, Giunio, 'In has servandae' cit. (nota 2 supra), p. 116, nt. 27.

⁶¹⁷ Di alcune casi si cit. (nota 302 supra), p. 349, nt. 47.

condenação do marido por lenocínio⁶¹⁸. O §1º, porém, permite esta acusação antes da condenação do marido.

Também F. BOTTA⁶¹⁹ entende que este parágrafo refere-se às questões derivadas do *stuprum per vim illatum*. Neste sentido, trata-se de uma situação em que o adúltero/violentador foi acusado por um terceiro, visto que a mulher não teria sido repudiada por seu marido anteriormente. Aqui também ocorreu a derrogação de uma norma de procedimento judicial, na medida em que Papiniano autorizou o delator a iniciar a acusação do réu sem a necessária prévia denúncia do marido por lenocínio⁶²⁰.

Em oposição, outros autores não vêem qualquer referência à violência sexual neste texto. Eles entendem que o §1º fazia referência à acusação *iure extranei* da mulher que, casada uma segunda vez, cometera adultério durante matrimônio anterior⁶²¹.

Continuando a sua argumentação, F. BOTTA⁶²² observa como em D.48,5,40(39) pr. a *vis* aparece conceitualmente como um elemento de exclusão do dolo e, portanto, da punibilidade, em relação ao crime de adultério praticado pela mulher. Aliás, a violência geraria também a exclusão da punibilidade do próprio marido, pela prática do lenocínio.

Assim, ele observa como todas essas conseqüências acabaram por gerar um sistema de derrogação de determinadas regras processuais penais que eram próprias do juízo do *adulterium/stuprum*. E, desta forma, conclui o romanista, o estupro violento aparece inserido primeiramente no âmbito da *accusatio adulteriis*, antes mesmo de ser inserida no contexto da *lex de vi*⁶²³.

Não nos parece correta esta afirmação de F. BOTTA, pois a *vis* não surge como excludente do dolo no sentido de derrogar regras originárias da *accusatio* em tela.

O que Papiniano disse é que a *vis* exclui a aplicação da lei de adultérios, não podendo nem mesmo haver o prosseguimento da acusação, pois simplesmente a mulher não cometeu um crime desta lei. Ele determina a inaplicabilidade desta lei com todas as suas regras.

G. RIZZELLI⁶²⁴ menciona Pap. 15 “resp.”, D.48,5,40(39) pr., ao lidar com a tema de que, segundo algumas fontes literárias já abordadas anteriormente, o mulher provocaria o ato de violência sexual. Para ele, neste fragmento seria possível encontrar

⁶¹⁸ Cf. Ulp. 3 *disp.*, D.48,5,26.

⁶¹⁹ ‘*Per vim inferre*’ cit., p. 54, nt. 77.

⁶²⁰ F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), pp. 54-57.

⁶²¹ C. VENTURINI, ‘*Accusatio adulterii*’ cit. (nota 147 supra), p. 74 e G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis* cit. (nota 198 supra), p. 253, nt. 313.

⁶²² F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 59.

⁶²³ F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 59.

⁶²⁴ G. RIZZELLI, ‘*In has servandae*’ cit. (nota 2 supra), pp. 115-116.

traços deste comportamento feminino. No tocante à este aspecto, interessou-lhe justamente o questionamento sobre a infidelidade conjugal feminina mesmo após a confirmação estatal da violência sofrida.

Porém, é preciso esclarecer que a infidelidade conjugal foi questionada por um fato concreto: a esposa impediu que o marido soubesse da violência sofrida, para preservar a sua pudicícia. O que não significa que todas as mulheres violentadas eram suspeitas de adultério. Era preciso analisar as circunstâncias.

4. Exegese de C.9,9,7 e de C.9,9,20

Neste momento, vamos analisar o tema no Código de Justiniano, através de fontes do séc. III, para verificar o tratamento ofertado por esta legislação ao crime de estupro violento. Assim, constataremos se houve alguma modificação em relação às demais fontes analisadas ou se pode ser detectada uma solução de continuidade com o direito do período anterior, no tocante à subsunção da violência sexual ao *crimen vis*.

Primeiramente, deve-se destacar que as duas constituições que mencionam o *stuprum violentum* estão inseridas no livro IX do título IX do Código de Justiniano, *Ad legem Iuliam de adulteriis et stupro*.

R. BONINI⁶²⁵, ao examinar o livro IX do *Codex*, afirma que o direito penal justinianeu dedicou maior atenção às regras de processo penal e, quanto ao direito substancial, buscou a unidade.

Em relação aos temas que nos interessa, no livro IX do Código de Justiniano, é possível verificar que os crimes da lei dos adultérios encontram-se no título IX (*Ad legem Iuliam de adulteriis et de stupro*) e os crimes de violência pública e privada foram unificados no título XII (*Ad legem Iuliam de vi publica vel privata*).

Não encontramos, neste momento, a autonomia conceitual do *stuprum per vim*.

Iniciemos o estudo com uma constituição de Diocleciano, de 290, que menciona este crime, não através de uma específica situação, mas considerando suas consequências, em termos gerais, em comparação com os crimes da lei de adultérios:

C.9,9,20

Foedissimam earum nequitiam, quae pudorem suum alienis libidinibus prosternunt, non etiam earum, quae per vim stupro comprehensae sunt, inreprehensam voluntatem leges ulciscuntur, quando etiam inviolatae existimationis esse nec nuptiis earum aliis interdici merito placuit.

As leis punem a torpíssima corrupção daquelas mulheres que entregam o seu pudor às leviandades alheias; não a irrepreensível vontade daquelas outras que, por violência, foram constrangidas ao estupro; ao contrário, determinou-se, com razão, que fossem de reputação não maculada e que não se proibisse o

⁶²⁵ *Ricerche di diritto giustinianeu*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 168.

casamento com elas.

Este texto é fundamental para a análise do estupro violento, pois nele é formulada uma comparação entre este crime e os demais crimes previstos pela *lex Iulia de adulteriis*, excluindo claramente o âmbito de aplicação desta lei para o caso de violência.

Afirma-se que o objeto de repressão destes crimes da lei Júlia é a corrupção daquelas mulheres em entregam voluntariamente sua castidade às leviandades alheias. Estas, observa-se na segunda parte do fragmento, recebem além da punição principal prevista na lei, uma série de limitações, como a proibição de se casar⁶²⁶. Ademais, a reputação destas mulheres era gravemente atingida.

Por outro lado, quis o legislador esclarecer definitivamente, que a vontade da mulher estuprada mediante violência não era castigada por esta lei, ou seja, não implicava na acusação ou condenação por esta lei. A mulher não era punida, pois não praticava a conduta ilícita com dolo, mas através da violência.

E acrescenta, o legislador, que, além de não poder ser reprimida pela lei dos adultérios, a mulher violentada deve podia sofrer qualquer limitação pela agressão sexual sofrida. Desta forma, ela estava autorizada a se casar novamente e teria a sua reputação preservada.

É, sem dúvida, o reconhecimento de que havia, no direito romano, um sistema de proteção dirigido à pessoa violentada.

Observe-se que esta constituição apenas determina a inaplicabilidade deste lei ao estupro violento, diante da mencionada ausência de autonomia conceitual deste crime, não apresentando outras informações sobre a disciplina do tema, como o a legislação aplicada ao agressor.

Aliás, este título nem mesmo seria o local adequado para oferecer maiores informações sobre o crime, pois nele são disciplinadas aspectos penais e processuais penais do crime do *stuprum* e do *adulterium*. É perfeitamente compreensível que o legislador tenha mencionado esta prática criminosa apenas para esclarecer que tal *crimen*, apesar de tratar de questões sexuais, não pode ser inserido no âmbito da lei dos adultérios.

Cabe ainda lembrar, no tocante ao tema, uma passagem de Ulpiano (*ad ed.*, D.3,1,1,6) em que se proíbe o direito de postular em juízo àquele que realiza atos

⁶²⁶ Esta proibição de contrair matrimônio está contida neste mesmo título: C.9,9,9 (de 224).

libidinosos contra a natureza (homossexualidade passiva). No entanto, afirma este jurista, esta regra não era aplicada àquele que sofria estupro violento.

Trata-se, evidentemente, da manifestação do mesmo objetivo do direito penal romano: proteger a pessoa, homem ou mulher, que sofra violência sexual e garantir a preservação de todos seus direitos, bem como da sua reputação.

G. RIZZELLI⁶²⁷ afirma que, nesta constituição de Diocleciano, foi excluída a investigação sobre o eventual consentimento da vítima. Ele adverte, porém, que este texto normativo diferenciou duas categorias de mulheres: aquelas que *pudorem suum alienis libidinibus prosternunt* e outras que possuíam *inviolatae existimationis*.

Neste sentido, o romanista apresenta a sua hipótese sobre a punição da violência sexual no direito romano. Quanto às primeiras, haveria sempre uma presunção de que agiriam movidas por uma torpíssima corrupção. Logo, dificilmente poderiam aparecer como vítima do *stuprum per vim*. Já em relação à segunda categoria de mulheres, elas teriam credibilidade ao alegarem a agressão sexual em razão da própria condição⁶²⁸.

Esta conclusão, porém, é apenas uma hipótese não confirmada pela fonte, já que a mesma diz respeito apenas à inaplicabilidade das regras do adultério ao estupro violento. Aliás, o que se afirma é que todas as mulheres – já que o legislador não manifestou qualquer restrição neste sentido – violentadas devem ter a sua reputação preservada.

F. LUCREZI⁶²⁹ e F. BOTTA⁶³⁰, manifestam-se contrários ao entendimento deste romanista, pois o ditado do C.9,9,20 não impediria que determinadas categorias de mulheres por de serem vítimas do *stuprum*.

No que tange à análise desta fonte, F. LUCREZI⁶³¹, defende que a constituição teve como objetivo não a tutela da vítima de um estupro violento, mas sim evitar, para esta, as consequências negativas em virtude do crime sofrido. Neste caso, a violência teria aparecido como excludente de punibilidade, não como objeto de sanção⁶³². Esta

⁶²⁷ 'In has servandae' cit. (nota 2 supra), p. 126, nt. 65.

⁶²⁸ G. RIZZELLI, 'In has servandae' cit. (nota 2 supra), p. 126, nt. 65.

⁶²⁹ *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 25, nt. 78.

⁶³⁰ 'Per vim inferre' cit. (nota 2 supra), p. 70, nt. 114.

⁶³¹ F. LUCREZI, *La violenza sessuale* cit. (nota 2 supra), p. 26.

⁶³² Interpretando o C.9,9,20, R. A. BAUMAN, *The rape of Lucretia. 'Quod metus causa' and criminal law*, in *Latomus* (52) 1993, pp. 559 comenta: "The victim of rape who gives 'blameless consent' ('inreprehensa voluntas') is not guilty of adultery. Which is exactly what the family court found in Lucretia's case as reported by Livy 300 years before the rescript. Diocletian solves another difficult, one that had troubled Lucretia even more, by laying down that the victim incurs no disgrace, she is 'inviolatae existimationis'. It is almost as if someone in the imperial chancellery had read Livy and had decided to translate the legend into real life, but with a happy ending".

informação seria confirmada, segundo este romanista, uma vez que o presente fragmento do Código Justinianeu está inserido não em um dos títulos *ad legem Iuliam de vi*, mas no título *ad legem Iuliam de adulteriis et de stupro*.

Esta também é opinião de F. BOTTA⁶³³, o qual afirma ser suficiente o a observação deste título sobre adultérios, em que a constituição de Diocleciano foi inserida, para comprovar o uso da *accusatio adulterii* e *stupri* para a repressão do *stuprum per vim* ainda no final do séc. III.

A localização em que o fragmento se localiza, todavia, não parece ser um indício suficiente para comprovar a manifestação destes autores, pois esta constituição não disciplina a crime de estupro violento. Ela apenas menciona que tal crime não configura uma das hipóteses das lei dos adultérios. O conteúdo do texto nos parece muito mais relevante do que a localização do mesmo.

Passamos, então, ao debate sobre a outra fonte justinianéia, de 223, que supostamente trataria de um caso *stuprum per vim* de uma jovem virgem:

<i>Alex. Sev., C.9,9,7: Propter violatam virginem adultam qui postea maritus esse coepit accusator iustus non est et ideo iure mariti crimen exercere non potest, nisi puella violata sponsa eius fuerit. (1) Sed si ipsa iniurias suas adsistentibus curatoribus, per quos etiam negotia eius gerenda sunt, persequatur, praeses provinciae pro debita tanto delicto, si probetur, severitate examinabit.</i>	Por uma virgem adulta violada, aquele que sucessivamente tornou-se seu marido não é o acusador “justo” e por isso não pode exercitar a acusação, pelo crime cometido, com o direito de marido, se a jovem violada não era sua noiva. (1) Mas se esta mesma, com a assistência dos curadores que administram os seus negócios, persegue as suas injúrias, o governador da província examinará tal delito, se ficar provado, com a devida severidade.
--	---

⁶³³ ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 69. Neste sentido, o autor declara: “*Anche non volendo considerare, difatti, la scelta compilatoria di collocare la costituzione sotto il titolo ‘ad legem Iuliam de adulteriis et de stupro’ de ‘Codex’, parebbe comunque sufficientemente chiaro che è l’uso dell’‘accusatio adulterii/stupri’ contro le donne che avevano subito violenza a essere ancora consueto nella pratica giudiziaria di fine terzo secolo e pertanto stigmatizzato dalla cancelleria diocleziana. Non è dubbio, infatti, che nessun’altra figura criminosa, fuori dall’‘adulterium/stuprum’, è idonea a ricomprendere insieme la condotta di coloro che <per vim stupro comprehensae sunt> e di coloro che invece, <pudorem suum alienis libidinibus prosternunt>”.*

A constituição em tela trata do caso de uma jovem virgem impúbere (*puella*)⁶³⁴ que teria sido violada antes do seu casamento. Posteriormente, quando esta moça, agora púbere, mas ainda submetida à tutela (*adulta*),⁶³⁵ já estava casada, o seu marido buscou uma acusação, pelo direito de marido, contra o crime cometido. Todavia, no *principium* foi determinado que ele não poderia realizar, com este direito de marido, tal acusação, pois na época do crime esta jovem não era sua esposa.

A doutrina entende que o início da mencionada constituição cuidava da apresentação de uma *accusatio adulterii* perante a chancelaria imperial⁶³⁶.

O parágrafo primeiro, por outro lado, adverte que a própria jovem poderia, com a assistência dos seus curadores, perseguir a injúria sofrida, desde que o delito fosse rigoriosamente comprovado.

Este fragmento suscita diversas questões, mas vamos nos restringir àquelas que guardam maior pertinência com o tema analisado: a repressão do *stuprum per vim*.

Uma interessante questão que se apresenta é a divergência sobre o significado, no texto em questão, de *violata virgo* ou *violata sponsa*⁶³⁷. “*Violare*” poderia significar tanto violentar sexualmente⁶³⁸ como corromper o pudor⁶³⁹.

Destacamos uma hipótese mencionada por G. RIZZELLI⁶⁴⁰, no sentido de que “*violare*”, no texto, denotaria o fato de a virgem ter sido corrompida, antes do seu casamento, por um homem diverso do seu marido, o que não implicaria necessariamente na idéia de violência. Esta interpretação explicaria a indicação, na passagem, da acusação privilegiada do marido, instituto apenas utilizado na acusação de adultério. Segundo este

⁶³⁴ R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, 3a. ed, Milano, CEDAM, 1994, p. 126.

⁶³⁵ R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit. (nota 634 supra), p. 126.

⁶³⁶ G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis* cit. (nota 2 supra), p. 198, nt. 105 e F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 62.

⁶³⁷ J. BEAUCAMP, *Le statut de la femme à Byzance (4^o-7^o siècle). I. Le droit impérial*, Paris, De Boccard, 1990, p. 151, nt. 74.

⁶³⁸ S. PULIATTI, *La dicotomia ‘vir-mulier’ e la disciplina del ratto nelle fonti legislative tardo-imperiale*, in *SDHI* (61) 1996, p. 471, e J. BEAUCAMP, *Le statut de la femme à Byzance* cit. (nota 637 supra), p. 151, nt. 74.

⁶³⁹ G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis* cit. (nota 198 supra), p. 198, nt. 105, o qual segue o posicionamento de J. CUJAS, *Opera*, I, Prati, 1836, p. 238. Ademais, resta destacar alguns dos possíveis significados de “*violare*”, segundo F. R. DOS SANTOS SARAIVA, *Novíssimo dicionário latino-português, etimológico, prosódico, histórico, geográfico, mitológico, biográfico, etc.*, ed. fac-similar do Dicionário Saraiva de 1927, Rio de Janeiro, Livraria Garnier, 2007, p. 1280: “Caes. Agredir por violência, fazer violência a, maltratar, estragar, deteriorar, danificar (...) Cic. Sall. Profanar, ultrajar (os deuses). “*Violare vomere manes*”. Lucr. Profanar as sepulturas com o arado. § Varr. Tib. Atentar contra a honra de, levar à força, violentar, forçar (uma mulher). “*Violare virginitatem puellae*”. Cic. Deflorar uma donzela. – “*cubile alicujus*”. Cat. Poluir o leito nupcial de alguém. § Fig. Cic. Liv. Violar, infringir, transgredir, quebrantar. “*Violare fidem*”. Ov. Faltar à sua palavra, roer a corda. – *amicitiam*. Cic. Trair a amizade. – *pudorem*. Virg. Violar a castidade (...)”.

⁶⁴⁰ *Lex Iulia de adulteriis* cit. (nota 198 supra), pp. 198-199, nt. 105.

autor, a *iniuria* a que o texto faz referência deve ser entendido não como um crime autônomo, mas com uma conduta lesiva à própria dignidade.

Esta hipótese, porém, não obtém confirmação com a análise do parágrafo primeiro, quando é apresentada a informação sobre a injúria sobre pela mulher.

Adverte, J. BEAUCAMP⁶⁴¹, que, no caso em questão, aplica-se o significado “violentar sexualmente”, pois, caso contrário, não haveria uma coerência lógica entre o *principium* e o §1º desta constituição: se a própria mulher, com a assistência dos seus curadores, pode iniciar uma acusação em decorrência da violência sofrida, certamente ela não ofereceu qualquer consentimento àquele que praticou o delito.

Este é, também, o nosso entendimento.

F. BOTTA⁶⁴², partindo do fato de que o texto refere-se à *accusatio adulterii*, já que a acusação privilegiada do marido é própria do crime de adultério, defende que seria possível retirar as seguintes conclusões implícitas ao texto da constituição supracitada: a violência realizada durante o matrimônio devia ser combatida através de uma ação privilegiada; a violência ocorrida antes do casamento geraria uma acusação, com ampla legitimidade (qualquer cidadão), por *stuprum iure publico*.

Como consequência desta teoria, resultaria o fato de que o estupro violento seria submetido à categoria geral do adultério e, de qualquer forma, o procedimento deste último delito poderia ser utilizado para a repressão do primeiro⁶⁴³.

No entanto, o texto apenas afirma que a acusação privilegiada foi negada e que cabia à ofendida perseguir as suas injúrias. O fato de ter sido intentada uma acusação privilegiada do marido para vingar o estupro violento da esposa não significa que este era o meio processual legítimo para tanto. E isto fica claro, pois tal acusação vem rejeitada em todas as fontes sobre o *stuprum per vim*, até momento, apresentadas.

Deve-se observar que o fragmento contido em C.9,9,7 suscita sérias divergências. Para alguns, tratar-se-ia de *iniuria ex edicto* ou *ex lege Cornelia extra ordinem*, havendo uma controvérsia sobre se seria um caso de *iniuria privata*⁶⁴⁴ ou de *iniuria extra ordinem*⁶⁴⁵.

⁶⁴¹ *Le statut de la femme à Byzance* cit. (nota 637 supra), p. 151, nt. 74.

⁶⁴² ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 62.

⁶⁴³ F. BOTTA, ‘*Per vim inferre*’ cit. (nota 2 supra), p. 62.

⁶⁴⁴ ANKUN, Hans, *La ‘sponsa adultera’. Problèmes concernant l’‘accusatio adulterii’ et droit romain classique*, in *Estudios A. D’Ors*, v. I, Pamplona, 1987, p. 192 e nt. 96.

⁶⁴⁵ R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit. (nota 634 supra), pp. 131-133.

Para tais autores, à vítima seria concedida uma *actio iniuriarum* extraordinária, pois a *fattispecie*, caracterizada pela violência, estaria fora do âmbito de repressão da *lex Iulia de adulteriis*.

Esta questão é fundamental, pois confirma a nossa opinião de que a lei dos adultérios não poderia ser aplicada ao *stuprum violentum*, pois o bem jurídico protegido neste crime era completamente diferente do bem jurídico protegido por aquela legislação.

R. ASTOLFI⁶⁴⁶, interpretando a presente passagem, juntamente com as Sentenças de Paulo sobre o estupro violento, afirma que o a constituição C.9,9,7 aborda o tema da violência carnal, caracterizada, por sua vez, como *iniuria*, um ilícito penal de cognição extraordinária e pública.

Esta opinião também é compartilhada por S. PULIATTI⁶⁴⁷, o qual analisa a negação da acusação privilegiada pelo marido e a concessão da *actio iniuriarum* extraordinária à vítima como uma consequência da inaplicabilidade da *lex Iulia de adulteriis* no caso de violência sexual.

Na recente opinião de F. BOTTA, o qual traz uma nova perspectiva para a análise do tema, a mais importante novidade do texto em análise é justamente o seu §1º, pois, contrariando a tradição precedente⁶⁴⁸, conferiu-se legitimidade ativa da acusação à própria mulher violentada, desde que assistida por seus curadores⁶⁴⁹.

Para F. BOTTA⁶⁵⁰, é possível que este §1º estivesse ligado a um problema conexo à legitimação para a acusação, tanto do sucessivo marido, como da mulher violentada. Através das locuções *iustus accusator* (entendida não como aquele que exercita a acusação pública, mas como a pessoa *ad quem res pertinet*), no princípio, e *iniurias suas persequi* (interesse de reprimir um crime que lesou a esfera jurídica pessoal de um incapaz, o que justificaria a derrogação de certa normas sobre a incapacidade), no parágrafo primeiro, a chancelaria estaria ressaltado as posições dos sujeitos ofendidos pelo crime: tanto o marido posterior, diante do *crimen adulterii*, quanto a vítima imediata do estupro violento.

No *adulterium*, o sujeito imediatamente prejudicado era o marido (titular do bem jurídico protegido), o que justificava a existência da acusação privilegiada *iure viri*.

⁶⁴⁶ *Il fidanzamento* cit. (nota 634 supra), pp. 126-127 e L. DESANTI, *Interpellare de stupro* cit. (nota 199 supra), p. 131, nt. 6.

⁶⁴⁷ *La dicotomia 'vir-mulier'* cit. (nota 307 supra), p. 478.

⁶⁴⁸ Cf. C.9,9,1: "*Publico iudicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamvis de matrimonio suo violato queri velint, lex Iulia declarat, quae, cum masculis iure mariti facultatem accusandi detulisset, non idem feminis privilegium detulit*".

⁶⁴⁹ F. BOTTA, '*Per vim inferre*' cit. (nota 2 supra), p. 62.

⁶⁵⁰ F. BOTTA, '*Per vim inferre*' cit. (nota 2 supra), p. 63 e nts. 91 e 92.

Neste tipo de denúncia, apenas o marido era o *iustus accusator*. Diversamente ocorria no crime de violência sexual. Com o reconhecimento do direito de acusação ofertado à mulher violentada, a situação jurídica mudava completamente. De fato, ocorrendo a violência sexual, a mulher tornava-se o sujeito passivo do crime e o bem jurídico tutelado passava a ser o seu pudor ou a sua integridade física. É por este motivo que não se permitia, no caso em tela, a acusação privilegiada ao *maritus* (sucessivo), entende o autor⁶⁵¹.

Diante de tais circunstâncias, aquela que quisesse realizar uma acusação, em decorrência de uma violência carnal sofrida antes do seu casamento, deveria alegar pessoalmente ter sido vítima de um crime unilateral, cuja materialidade era caracterizada por uma conduta de caráter violento⁶⁵².

A violência era elemento constitutivo deste ilícito. Assim, conclui F. BOTTA⁶⁵³, para que se pudesse invocar o regime *ex de vi*, no sentido de reprimir a conduta disciplinada pelo legislador severiano, seria necessária uma proximidade imediata entre C.9,9,7 e Ulp. 4 *de adult.*, D.48,5,30(29)9.

Após estas breves observações, podemos concluir que as constituições C.9,9,7 (223) e C.9,9,20 (290) apresentam um conteúdo semelhante, no sentido de afastar a aplicação da *lex Iulia de adulteriis* ao *stuprum per vim* e representam claramente uma perspectiva de proteção da vítima do estupro violento.

Em C.9,9,20, vimos um forte sentido de tutela da vítima, evitando que o fato de sofrer uma agressão sexual pudesse implicar em restrições sociais e jurídicas.

Trata-se de uma visão prática dos juristas romanos. A pudicícia era um dever para determinados grupos de mulheres, as quais ficavam sujeitas as intensas repressões, inclusive penais.

Porém, quando se tratava de uma violência sexual, a questão da castidade deixava de ser objeto de análise, para se obter a proteção das pessoas e a manutenção da ordem pública. Então, esta pessoa agredida sexualmente ficava isenta de qualquer mácula, permanecendo com a sua honestidade intocada.

As informações trazidas pela constituição C.9,9,7, sobre a repressão do delito, também são claras. A vítima, através do crime de injúria, processado *extra ordinem*, encontrava um instrumento apto à defesa dos seus direitos – e não dos direitos da sua família sobre o seu corpo – à integridade física e à violação ao pudor.

⁶⁵¹ F. BOTTA, '*Per vim inferre*' cit. (nota 2 supra), p. 64.

⁶⁵² F. BOTTA, '*Per vim inferre*' cit. (nota 2 supra), p. 64.

⁶⁵³ F. BOTTA, '*Per vim inferre*' cit. (nota 2 supra), p. 64.

V. Conclusão

Após a discussão, com o apoio das fontes jurídicas e não-jurídicas, de diversos aspectos sobre o *stuprum per vim* no direito romano, passamos a apresentar as conclusões deste trabalho.

Os textos não-jurídicos romanos indicam que este crime era considerado gravíssimo aos olhos da sociedade e gerava repulsa individual, familiar e social.

Estas fontes também demonstram que havia um rígido controle do comportamento feminino, especialmente no âmbito sexual. Todavia, este controle não era dirigido a todas mulheres, mas apenas àquele grupo feminino destinado à constituição de família e à geração de filhos legítimos (*nupta, vidua e virgo*).

Estas mulheres deviam preservar a sua honestidade, inclusive através de sacrifícios.

A honestidade, intimamente relacionada à castidade deste grupo de mulheres, era um valor fundamental para a sociedade romana. A violação deste dever implicava inclusive na condenação penal pelos crimes de *stuprum voluntarium* e *adulterium*.

Tais crimes visavam à proteção da honestidade feminina e à preservação dos bons costumes, diferentemente do estupro *per vim*, que na nossa opinião, visava à proteção da pessoa.

Curiosamente, no Brasil, até o advento da Lei 11.106, de 2005, ainda possuía em alguns crimes sexuais a expressão “mulher honesta”, de forma a indicar que apenas estas mulheres poderiam ser sujeitos passivos de determinados crimes. Mas o lastro moralista da nossa legislação ainda permanece: o crime de estupro ainda está inserido no título denominado “crimes contra os costumes”, como se o bem jurídico protegido pela lei, quanto aos crimes sexuais, fosse os costumes e não a autodeterminação sexual da vítima.

Discordamos de G. RIZZELLI quando este autor afirma que os discursos presentes nas fontes latinas, sobre o controle da sexualidade feminina, podem ter influenciado algumas escolhas normativas referentes aos crimes sexuais violentos.

Após análise crítica dos textos latinos, observamos que existia um discurso sobre a honestidade feminina e sobre o controle do comportamento sexual, especialmente dirigido àqueles mulheres com o *status de materfamilias*. E estes discursos aparecem também na *lex Iulia de adulteriis coercendis*, inserida no âmbito da reforma de costumes, e dirigida ao

rígido controle do comportamento sexual feminino. Os pressupostos desta lei, porém, não eram aplicados ao *stuprum per vim*.

Não há nas fontes literárias apresentadas a confirmação de que a mulher solicita a violência sexual, sendo culpada por este fato. Aliás, as fontes jurídicas sobre o *stuprum per vim* demonstram que havia uma proteção a esta mulher, sem fazer qualquer restrição à sua categoria social. Comprovada a violência sexual, a vítima não ficava sujeita a qualquer sanção e nem mesmo a qualquer limitação dos seus direitos: sua reputação permanecia sem qualquer desonra. Desta forma, não há como afirmar que a legislação romana aplicava à vítima a condição de culpada.

Ressalte-se, porém, que alguns autores cristãos como Tertuliano, ps-Ambrósio e Santo Agostinho realmente divulgaram esta idéia sobre a culpa da mulher diante do estupro sofrido. Neste período, os discursos sobre o controle da sexualidade feminina foram dirigidos a todo o gênero feminino e a análise dos crimes sexuais, realizada pelo direito penal moderno, sofreu forte influência deste pensamento.

Apesar do *stuprum violentum* não ter uma autonomia conceitual no direito romano, com base nas fontes pesquisadas, concluímos que ele consistia no ato de constranger mulher ou homem livres, mediante violência, à prática de relação sexual.

Quanto à proposta de reconstrução dos elementos constitutivos do crime, destacamos que o sujeito ativo, no tocante ao sistema processual com garantias constitucionais, era o homem livre. Os regramentos processuais utilizados para a repressão deste crime provavelmente foram aplicados apenas em relação às pessoas livres.

Enquanto o sujeito passivo do crime de estupro voluntário apenas poderia ser um grupo determinado de mulheres (viúva, casada e virgem), o estupro violento poderia alcançar qualquer categoria de mulheres e de homens livres.

Curiosamente, as atuais propostas de unificação dos crimes de estupro e violência sexual buscam alcançar a formulação do *stuprum per vim* romano.

Vimos que o estupro violento era composto por dois elementos: a *vis* e o *stuprum*. A análise sobre a relação entre estes dois elementos gerou sérias divergências doutrinárias, especialmente quanto ao sistema repressivo aplicado a este crime violento. Não havendo autonomia conceitual, este ilícito deveria ser atraído para o âmbito repressivo de outro crime semelhante a ele.

T. MOMMSEN, por exemplo, teria interpretado a *vis* como o elemento preponderante do crime, pois ele inseriu este crime na categoria *crimen vis*. Este também é o entedimento de G. RIZZELLI. Por outro lado, G. FLORE, considerou preponderante o elemento *stuprum*,

de forma que a *vis* apenas teria tornado este crime qualificado. Como resultado, este autor defendeu a tese de que o estupro violento era reprimido, no direito romano, pela lei Júlia dos adultérios.

F. BOTTA, porém, propôs uma nova análise. Na sua opinião, não haveria a preponderância de nenhum destes elementos, os quais seriam fatores constitutivos simples do crime. Desta forma, haveria a violência, entendida como constrangimento ilegal, e o *stuprum*, como a prática de relação sexual com pessoa que não pode dispor do seu corpo (virgem, viúva e esposa).

Além disso, este autor propôs que a *vis*, neste meio, teria uma função diferenciada. Considerado que o *stuprum* era um crime bilateral, a *vis* atuaria como um fator de exclusão da atribuição do *crimen adulterium stuprum* àquele que *agit sed non agit*. Para este autor, não havia uma solução unitária oferecida pela jurisprudência clássica, mas os juristas poderiam usar tanto sistema do crime de violência, como o da lei do adultérios, indistintamente, para solucionar os casos práticos de violência sexual.

Discordamos de F. BOTTA pois entendemos que o termo *stuprum* utilizado para designar *stuprum per vim*, não possuía o sentido estrito da lei dos adultérios, mas sim o sentido amplo de relação sexual contrária à consciência social.

Através deste acréscimo do elemento *vis* o crime tornava-se uma hipótese estranha ao ditado da mencionada *lex Iulia*, a qual tinha alguns pressupostos inconcebíveis com o estupro violento: o seu bem jurídico era a garantia da honestidade feminina; esta lei era aplicada a apenas uma categoria específica de mulheres; regulava apenas crimes consensuais; suas penas eram mais brandas que as do crime de violência e havia a previsão de um prazo prescricional, incompatível com um crime como o *stuprum per vim*, ao qual era aplicada a pena de morte, como atesta P.S. 2,26,12.

Ademais, ao se considerar que o termo “*stuprum*”, na violência sexual, tem o significado legal de *stuprum* gera-se um grave inconveniente, pois se deveria admitir que a mulher violenta também seria processada por adultério. Esta é a consequência de se admitir que o elemento *vis* apenas exclui a punibilidade da vítima.

Embora as fontes analisadas tenham demonstrado que não se aplicava a lei de adultérios ao caso, ao adotar este posicionamento, teríamos que admitir que, no direito romano, a vítima de estupro violento vinha reprimida pela lei por uma acusação de adultério.

As fontes submetidas à exegese comprovam, porém, que não houve a aplicação de lei de adultério ao caso em tela, o qual teria sido punido, na nossa opinião, por duas formas:

a) o sistema processual do *crimen vis*, já na República, seria o instrumento apto à reprimir a violência sexual, como comprovaria a passagem contida em Cíc., *Pro Cael.* 71; e b) no início do Principado, porém, o mesmo crime poderia ser reprimido, *extra ordinem*, por *iniuria*, o que teria ocorrido. No período justinianeu, porém, com a recondução da *iniuria* ao âmbito privado, a repressão teria ocorrido exclusivamente por meio do *crimen vis*.

Índice das fontes

A) Fontes Jurídicas Antigas

CODEX THEODOSIANUS

C.Th.9,7,6:	111 nt. 493
C.Th.9,24,1:	23 nt. 73; 47
C.Th.9,24,1,2:	113 nt. 506
C.Th.9,24,2:	112 nt. 502
C.Th.9,38,1:	94 nt. 397
C.Th.11,36,4:	94 nt. 398

CORPUS IURIS CIVILIS

Codex Iustinianus

C.5,4,4:	54 nt. 199
C.5,17,7:	94 nt. 397
C.6,57,5 :	17 nt. 42
C.6,57,5,1:	114 nt. 513
C.9,9,7:	6; 56 nt. 216; 91 nt. 381; 143; 146; 148; 150
C.9,9,18:	54 nt. 199
C.9,9,9:	92 nt. 387 ; 144 nt. 626
C.9,9,20:	5; 23 nt. 71; 25 nt. 75; 56 nt. 217; 101; 126 nt. 560; 143; 145; 150
C.9,20,2:	120 nt. 530
C.9,9,22 :	17 nt. 42
C.9,9,27:	125 nt. 554
C.9,13,1:	114 nt. 510; 114 nt. 513; 115
C.9,20,1:	108 nt. 481

Digesta

D.1,2,2,24 :	14 nt. 40
D.3,1,16 :	144
D.23,2,24 :	17 nt. 42
D.24,2,6 :	136 nt. 602
D.25,7,1,1 :	17 nt. 42
D.29,5,13 :	125 nt. 557
D.47,10,10 :	27 nt. 84
D.47,10,15,20 :	27 nt. 83
D.47,11,1,2 :	84
D.48,5,3,4:	5 ; 22 nt. 67
D.48,5,4,1 :	133 nt. 586
D.48,5,7 :	54 nt. 199
D.48,5,6,1 :	17 nt. 42 ; 54 ; 90 ; 90 nt. 375
D.48,5,12,4 :	133 nt. 587
D.48,5,13(12) :	96 ; 128 nt. 570

D.48,5,14(13) :	132
D.48,5,14(13),5 :	23 nt. 70
D.48,5,14(13),6 :	132
D.48,5,14(13),7:	5 ; 56 nt. 218 ; 91 nt. 380 ; 126 nt. 561 ; 126nt. 562 ; 133 ; 134 ; 139
D.48,5,15(14),2 :	95 nt. 410 ; 132 nt. 584 ; 137
D.46,5,26 :	141 nt. 618
D.45,5,27(26) pr. :	95 nt. 409
D.48,5,30(29) :	120
D.48,5,30(29),9:	5 ; 56 nt. 215 ; 59 ; 65 ; 72 ; 79 ; 97 ; 117 ; 118 ; 122 ; 123 ; 124 ; 128 ; 130 ; 137 ; 150
D.48,5,39(29),9 :	128
D.48,5,40(39) pr. :	38 nt. 132 ; 56 nt. 219 ; 91 nt. 380 ; 99 nt. 427 ; 109 ; 110 ; 126 nt. 562 ; 138 ; 140, 141 ; 141
D.48,6,1 :	119
D.48,6,3 :	119
D.48,6,3,3 :	119
D.48,6,3,4 :	56 nt. 214 ; 59 ; 65 ; 72 ; 79 ; 97 ; 109 ; 110 ; 117 ; 118 ; 119 ; 120 ; 121 ; 123 ; 128nt. 569 ; 130
D.48,6,3,5 :	119
D.48,6,3,4 :	137
D.48,6,5,2 :	112 ; 119 ; 122 nt. 543 ; 123
D.48,6,6 :	119
D.48,6,12 :	119
D.48,13,7 :	125 nt. 557
D.50,16,46,1 :	17 nt. 43
D.50,16,101pr :	17 nt. 42 ; 54 nt. 199 ; 90

Institutione

s

I.4,18,4 :	92 nt. 386
------------	------------

GAI INSTITUTIONES

1,144 :	33 nt. 103
---------	------------

PAULI SENTENTIAE

2,26,12 :	22 nt.67; 153 ; 56 nt. 220; 84; 85; 86; 88; 127; 130; 153
2,26,13:	85; 86
2,26,14:	94 nt. 396
5,4,1:	5 ; 56 nt. 221; 77; 84; 87; 88; 127
5,4,4:	5; 54 nt. 199; 56 nt. 222; 77; 83; 84; 88; 127
5,4,14:	83; 84; 84

B) FONTES EPIGRÁFICAS

C) FONTES LITERÁRIAS

AUGUSTINUS

De Civitate Dei

1,19,2: 40 nt. 136

CICERO

Ad Atticum

2,24: 104 nt. 451

Ad Familiares

8,8,1 : 104 nt. 451

De Finibus

2,20,66: 11

2,66: 14 nt. 37

5,64 14 nt. 37; 56 nt. 212

De Legibus

2,10: 14 nt. 37

Se Officiis

1,17,54: 19 nt. 52

De Republica

2,46: 14 n.37

In Verrem

2,4,102: 55 nt. 205

Pro Caelio

29,79: 104 nt. 450

49: 34 nt. 106; 41 nt. 143; 55 nt. 206

70: 104 nt. 455

71: 154; 116; 121; 154

Pro Milone

85: 93 nt. 389

87: 93 nt. 389

GELLIUS

Noctes Atticae:

4,14: 67
10,23: 93 nt. 394

LIVIVS

Ab Urbe Conducta

1,14: 10
1,57: 11; 55 nt. 204
1,58: 11; 20 nt. 62
1,59: 11; 20 nt. 63
3,44: 14 nt. 39
3,48: 14
34,2,1: 33 nt. 102
34,2,8: 33 nt. 100
38,24,4: 56 nt. 213
39,15,9: 12; 33 nt. 104
39,18,4: 55 nt. 205

OVIDIVS

Ars Amatoria

1,125: 10
1,281: 36 nt. 120
1,662: 38 nt.126; 39 nt. 134
1,672: 38 nt. 129

Fasti

2,721: 11
2,852: 11

Metamorphoses

1,66: 9

2,473:	9
2,572:	41 nt. 145
3,343:	9
4,230:	37 nt. 124
4,233:	9
4,798:	9
6,524:	9
8,850:	9
9,331:	9
11,308:	9
12,189:	37 nt. 124
12,196:	9

PLINIUS

Naturalis Historia

34,13:	11
--------	----

PROPERTIUS

Elegiae

3,19,5:	35 nt. 116
---------	------------

QUINTILIANUS

Declamationes Maiores

262:	9
345:	9

SALLUSTIUS

Bellum Catilinae

31,4:	104 nt. 449
-------	-------------

SENECA MAIOR

Controversiae

1,2	42 nt. 146
1,2,10	43 nt. 153
1,5:	9
2,7,3	18 nt. 47
2,7,4:	18 nt. 47
3,5:	9
7,6:	42 nt. 7,6
7,18:	9

TACITUS

Annales

14,31 :	55 nt. 205
---------	------------

VALERIUS

Facta et Dicta Memorabilia

6,1,1:	11
--------	----

D) FONTES JURÍDICAS MODERNAS

BRASIL

Constituição Federal

Art. 5:	49
---------	----

Código Penal Brasileiro

Art. 213:	27
-----------	----

Bibliografia

ADAMS, James N., *The latin sexual vocabulary*, Baltimore, Johns Hopkins University, 1990.

ALBANESE, Bernardo, 'Animi levitas' femminile in Gai 1.144 1 190, in *Annali del Dipartimento di Storia del Diritto della Università di Palermo (AUPA)* (48) 2003, pp. 1-4.

ANDRADE, Vera Regina Pereira, *Violência sexual e sistema penal – proteção ou duplicação da vitimação feminina?*, in DORA, Denise Dourado (org.), *Feminino masculino: igualdade e diferença na Justiça*, Porto Alegre, Themis, 1997.

ANKUN, Hans, *La captiva adultera. Problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, in *RIDA* (32) 1985, pp. 153-205.

_____, *La 'sponsa adultera'. Problèmes concernant l'accusatio adulterii et droit romain classique*, in *Estudios A. D'Ors*, v. I, Pamplona, 1987, pp. 161-198.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *La legislazione*, in V. ARANGIO-Ruiz et al., *Augustus: studi in occasione del bimillenario augusteo*, Roma, Tipografia della R. Accademia Nazionale dei Lincei, 1938.

ARIETE, James A., *Rape and Livy's view of Roman history*, in DEACY, Susan-PIERCE, Karen F (org.), *Rape in antiquity*, London, Gerald Duckworth & Co, 1997.

ARJAVA, Anti, *Women and law in late antiquity*, Oxford, Claredon Press, 1996.

ASTOLFI, Riccardo, *Femina probosa, concubina, mater solitaria*, in *SDHI* 31 (1965), pp. 15-60.

_____, *Il fidanzamento nel diritto romano*, 3a. ed, Milano, CEDAM, 1994.

BALZARINI, Marco, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova, CEDAM, 1969.

_____, *Violenza (diritto romano)*, in *ED* 46 (1993), pp. 830-843.

BAUMAN, Richard A., *The rape of Lucretia. 'Quod metus causa' and criminal law*, in *Latomus* (52) 1993, pp. 550-566.

_____, *The resume of legislation in Suetonius*, in *SZ* 99 (1982), pp. 81-127.

BERGER, Adolf, *Encyclopedic dictionary of roman law*, New Jersey, The Law Book Exchange, 2002.

BEAUCAMP, Joëlle, *Le statut de la femme à Byzance (4^o-7^o siècle). I. Le droit impérial*, Paris, De Boccard, 1990.

BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano*, v. 3, Milano Giuffrè, 1954.

BONINI, Roberto, *Ricerche di diritto giustinianeu*, Milano, Giuffrè, 1968.

BOTTA, Fabio, 'Per vim inferre'. *Studi su 'stuprum' violento e 'raptus' nel diritto romano e bizantino*, Cagliari, Edizioni AV, 2004.

BRANCA, Giuseppe, *Adulterio*, in *ED* (1) 1958, pp. 620-621.

BRASIELLO, Ugo, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, Novene, 1937.

BRYSON, Norman, *Duas Narrativas de Estupro nas Artes Visuais: Lucrecia e as Mulheres Sabinas*, in S. TOMASELLI – R. PORTER (coord.), *Rape*, s.l., s.d., trad. port. de A. Calado, *Estupro*, Rio de Janeiro, Rio Fundo, 1992.

BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, 4^a ed., Torino, UTET, 2003.

CANTARELLA, Eva, *L'amore è un dio – il sesso e la polis*, Milano, Feltrinelli, 2007.

_____, *Premessa*, in E. CANTARELLA-L.GAGLIARDI (org.), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano, Led, 2007.

_____, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, 2a. ed., Milano, BUR, 2007.

CARRARA, Francesco, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciael*, v. 2, Lucca, Tipografia Giusti, 1887.

CAZZETTA, Giovanni, *Colpevole col consentire: dallo stupro alla violenza sessuale nella penalistica dall'ottocento*, in *Rivista Italiana e Diritto e Procedura Penale*, v. 40, fasc. 2, apr./giu., Milano, 1997, pp. 424-462.

_____, *Praesumitur seducta- onestà e consenso femminile*, Milano, Giuffrè, 1999.

CELESTINO FARIA, Ana Paula-SEABRA, Adriana, *Retórica a Herênio [Cícero]*, São Paulo, Hedra, 2005.

CORRÊA FATTORI, Sara, *Influência religiosa na tipificação dos crimes sexuais*, in *Revista Uniara* (6) 1999, pp. 203-218.

_____, *Reflexões sobre a disciplina dos crimes sexuais no direito brasileiro*, in 'Fides Humanitas Ius. Studii in onore a Luigi Labruna', Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, pp. 1155-1167.

CÖROI, Jean, *La violence en droit criminel romain*, Paris, Librairie Plon, 1915.

- CRINITI, Nicola, *'Imbecillus sexus'. Le donne nell'Italia antica*, Brescia, Grafo, 1999.
- DALLA, Danilo, *"Ubi venus mutatur". Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Milano, Giuffrè, 1987.
- DAUBE, *The lex Julia concernine adultery*, in ID., *Collected studies in roman law*, v. II, Frankfurt am Main, 1991, pp. 1267-1276.
- DE PASQUALE, Maria Rosaria, *Ulpiano equivocado*, in *Labeo* 42/3 (1996), pp. 411-419.
- DESANTI, Lucetta, *Giustiniano e il ratto*, in *AUFE* 1 (1987), pp. 187-201.
- _____, *Interpellare de stupro e iniuriae in corpus: P.S. 5,4,4*, in *AUFE* 4 (1990), pp. 129-142.
- DEVILLA, Vittorio, *"Iniuria"*, in *NNDI* 8 (1962), pp. 705-706.
- DOBLHOFFER, Georg, *Vergewaltigung in der Antike*, Leipzig, B. G. Teubner, 1994.
- EDWARDS, Catharine, *The politics of immorality in Ancient Rome*, New York, Cambridge, 2002.
- ELUF, Luiza Nagib, *Crimes contra o costume e assédio sexual – Doutrina e Jurisprudência*, São Paulo, Jurídica Brasileira, 1999.
- ESMEIN, A., *Mélanges d'histoire du droit et de critique. Droit romain*, Paris, L. Larose et Forcel, 1886.
- FERRINI, Contardo, *Diritto penale romano: esposizione storica e dottrinale*, Milano, Società Editrice Libreria, 1905.
- FLORE, Giuseppe, *Di alcuni casi di 'vis publica'*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, v. 4, Milano, Fratelli Treves, 1930, pp. 336-352.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal – Parte Especial*, vol. 2, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1988.
- GARDNER, Jane F., *Women in Roman Law & Society*, Bloomington/Indianapolis, Indiana University Press, 1986.
- GEORGES CHARLES, Ernest, *English-latin lexicon, founded on the german-latin dictionary*, London, Longman, 1847.
- GIFIS, Steven H., *Law dictionary*, New York, Barron's, 1996.
- GIOFFREDI, Carlo, *I principi del diritto penale romano*, Torino, G. Giappichelli, 1970.
- GIORDANI, Mário Curtis, *Diritto penal romano*, 3ª. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997.

- GIUFFRÈ, Vincenzo, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, 5^a ed., Napoli, Jovene, 1998.
- GNOLI, Franco, *Diritto penale nel diritto romano*, in *Digesto (Discipline Penalistiche)* 4 (2002), pp. 43-64.
- GORIA, Fausto, *Ratto (diritto romano)*, in *ED* (38) 1987, pp. 707-724.
- GRUBBS, Judith Evans, *Women and the law in the roman empire. A sourcebook on marriage, divorce and widowhood*, London/New York, Routledge, 2002.
- GUARINO, Antonio, *L'esegesi delle fonti del diritto romano (a cura di L. Labruna)*, v. 1, Napoli, Jovene, 1982.
- GUSMÃO, Chrysolito de, *Dos crimes sexuais. Estupro, atentado violento ao pudor, sedução e corrupção de menores*, 6^a ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2001.
- HARRIES, Jill, *Law and crime in the roman world*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- HARRIS, Edward M., *Recensão a Susan Deacy e Karen Pierce (org.), Rape in antiquity: sexual violence in the greek and roman worlds*, in *Échos du Monde Classique/Classical Views* 16 (1997), pp. 483-496.
- HÖBENREICH, Evelyn, *Schiavitù femminile in Roma Antica: spunti per una riflessione giuridica*, in *Revista de Direitos Difusos* 23 (2004), pp. 3174-3236.
- JESUS, Damásio E. de, *Código penal anotado*, 11^a ed., 2001, São Paulo, Saraiva, 2001.
- JORGE SILVEIRA, Renato de Mello, *Crimes sexuais. Bases críticas para a reforma do direito penal sexual*, São Paulo, Quartier Latin, 2008.
- KUNKEL, Wolfgang, *Untersuchungen zu Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens im vorsullanischen Zeit*, München, C. H. Beck'schen, 1962.
- LACERDA, Romão Cortês de – HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao código penal*, 3^a ed., vol. VIII, Rio de Janeiro, Forense, 1956.
- LANGLANDS, Rebecca, *Sexual morality in Ancient Rome*, New York, Cambridge, 2006.
- LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis (iuris consultorum reliquiae quae iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposuit)*, I e II, Ex Officina Bernhardi Tauchnitz, Lipsiae, 1889.
- LEWIS, Charlton T.- SHORT, Charles, *A latin dictionary founded on Andrews' edition of Freund's latin dictionary – revised, enlarged, and in great part rewritten*, Oxford, Clarendon, 1951.
- LINTOTT, Andrew Willian, *Violence in republican Rome*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

LONGO, Giannetto, *La repressione della violenza nel diritto penale romano*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto (diritto civile e diritto romano) III*, Padova, CEDAM, 1970, pp. 451-532.

_____, “Vis”, in *NNDI (Novissimo Digesto Italiano)* 18 (1971), pp. 989-994.

LUCREZI, Francesco, *La violenza sessuale in diritto ebraico e romano. Studi sulla “Collatio” II*, Torino, Giappichelli, 2004.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard, *Lições de Direito Penal – Parte Especial*, vol. 2, 6^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1988.

MANFREDINI, Arrigo D., ‘*Qui commutant cum feminis vestem*’, in *RIDA* (32) 1985, pp. 257-271.

MANZINI, *Diritto penale italiano*, v. 7, Torino, 1951.

MÉHÉSZ, Kornel Zoltan, *El Mundo Clasico*, Corrientes, Universidad Nacional del Nordeste, 1972.

_____, *La injuria en derecho penal romano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970.

MOLÉ, Marcello, ‘*Stuprum*’, in *NNDI* (18) 1971, pp. 582-587.

MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, trad. franc. de J. Duquesne, *Le Droit Pénal Romain*, t. II, Paris, Albert Fontemoing, 1907.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito romano I – História do direito romano. Instituições de direito romano: A) parte geral. B) parte especial: direito das coisas*, 10 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996.

_____, *Direito romano II – Instituições de direito romano- Parte especial: A) direito das obrigações. B)Direito de família. C) Direito das Sucessões*, 5^a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.

MOSES, Diana C., *Livy’s Lucretia and the validity of coerced consent in roman law*, in LAIOU, Angeliki E., *Consent and coercion to sex and marriage in ancient and medieval societies*, Cambridge, Harvard University, 1993, pp. 39-82.

NIEDERMEYER, Hans, *Crimen plagii und crimen violentiae*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d’insegnamento*, v. 2, Milano, Fratelli Treves, 1930, pp. 382-417.

PEDRAZZI, Cesare, *Diritto penale*, in *Digesto (Discipline Penalistiche)* 4 (2000), pp. 64-76.

PICONE, Giusto-ROMANO, Elisa-GASTI, Fabio, *Lezione romane. Letteratura, testi, civiltà*, vs. 2 e 4, Torino, Loescher, 2008.

PIMENTEL, Silvia – SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P. – PANDJIARJIAN, Valéria, *Estupro: crime ou “cortesia”? – Abordagem sociojurídica de gênero*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1998.

PLESCIA, Joseph, *The development of the doctrine of ‘boni mores’ in roman law*, in *RIDA* 34 (1987), pp. 265-310.

PUGLIESE, Giovanni, *Studi sull’iniuria*, v. 1, Milano, Giuffrè, 1941.

PULIATTI, Salvatore, *La dicotomia ‘vir-mulier’ e la disciplina del ratto nelle fonti legislative tardo-imperiale*, in *SDHI* (61) 1996, pp. 471-529.

RIGGSBY, Andrei McNaughton, *Crime and community in Ciceronian Rome*, Austin, University of Texas Press, 1999.

RIZZELLI, Giunio, *Alcuni aspetti dell’accusa privilegiata in materia di adulterio*, in *BIDR* (89) 1986.

_____, *‘In has servandae integritatis custodias nulla libido inrumpet’ (Sen. ‘contr. 2.7.3). Donne, passioni, violenza*, in F. LUCREZI – F. BOTTA – G. RIZZELLI, *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, Lecce, Edizioni del Grifo, 2003, pp. 105-135.

_____, *Le donne nell’esperienza giuridica di Roma antica*, Lecce, Edizioni del Grifo, 2000.

_____, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di ‘adulterium’, ‘lenocinium’, ‘stuprum’*, Lecce, Edizioni del Grifo, 1997.

_____, *‘Stuprum’ e ‘adulterium’ nella cultura augustea e la ‘lex iulia de adulteriis’*, *BIDR* (90) 1987.

RIZZELLI, Giunio-LUCREZI, Francesco-BOTTA, Fabio, *Violenza sessuale e società antiche*, Lecce, Edizioni del Grifo, 2003.

RIZZELLI, Giunio-HÖBENREICH, Evelyn, *Scylla. Fragmente einer juristischen Geschichte der Frauen im antiken Rom*, Weimar, Böhlau, 2003.

ROBINSON, Olivia F., *The criminal law of Ancient Rome*, Baltimore, The Johns Hopkins, 1995.

SANTALUCIA, Bernardo, *Diritto e processo penale nell’antica Roma*, 2a. ed., Milano, Giuffrè, 1998.

SABADELL, Ana Lúcia, *Dalla “donna onesta” alla piena cittadinanza delle donne. Riflessioni su alcune aporie della problematica penale in materia di delitti contro l’autodeterminazione sessuale* in *Dei Delitti e delle Pene* 6 (1999), pp. 167-203.

SAFFIOTTI, Heleieth – ALMEIDA, Suely de, *Violência de gênero – poder e impotência*, Rio de Janeiro, Revinter, 1995.

SCARANCA FERNANDES, Antonio- DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique, *Estupro: enfoque vitimológico*, in *Justitia* 154 (1991), pp. 79-94.

SCHIPANI, *Selezione di fonti giuridiche*, 4a. ed., Roma, Aracne, 2003.

SCHMITZ, Winfried, *Der nomos moicheias – Das athenische Gesetz über den Ehebruch*, in *SZ* 114 (1997), pp. 44-140.

SCHULZ, Fritz, *History of Roman Legal Science*, 2a. ed., Oxford, Clarendon, 1953, trad. it. de G. Nocera, *Storia della Giurisprudenza Romana*, Firenze, Sansoni, 1968.

SCIASCIA, Gaetano, *A Lei Romana sobre os Adultérios*, São Paulo, Tip. Do Departamento de Investigações, 1951.

SERRAO, Feliciano, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma – Prima parte*, Napoli, Jovene, 1984.

SIQUEIRA, Galdino, *Direito penal brasileiro*, v.2, Rio de Janeiro, Livraria Jacyntho, 1932.

SIVAN, Hagith, *Revealing the concealed: rabbinic and roman legal perspectives on detecting adultery*, in *ZSS* (116) 1999, pp. 112-146.

TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1990.

THOMAS, J. A. C., *Accusatio adulterii*, in *IURA* (12) 1961, pp. 65-80.

THOMAS, Yan, *La divisione dei sessi nel diritto romano*, in G. DUBY-M. PERROT, *Storia delle donne in occidente. L'Antichità*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

TOMASELLI, Sylvana – PORTER, Roy (coord.), *Rape*, s.l., s.d., trad. port. de A. Calado, *Estupro*, Rio de Janeiro, Rio Fundo, 1992.

URSO, Paolo, *Il matrimonio del prigioniero in diritto romano*, in *SDHI* 58 (1992), pp. 85-142.

VANDIVER, Elizabeth, *The founding mothers of Livy's Rome: the sabine women and Lucretia*, in TITCHENER, Frances B.- MOORTON, Richard F., *Eye expanded. Life and arts in greco-roman antiquity*, London, University of California, 1999, pp. 206-232.

VENTURINI, Carlo, *'Accusatio adulterii' e politica costantiniana*, in *SDHI* (54) 1988, pp. 66-109.

_____, *Divorzio informale e 'crimen adulterii'*, in *IURA* (41) 1990, pp. 25-51.

VOLTERRA, Edoardo, *In tema di 'accusatio adulterii'*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, v. 2, Milano, 1930, pp. 112-126.

_____, *Per la storia dell' "accusatio adulterii iure mariti vel patris"*, Città di Castello, Unione Arti Grafiche, 1928.

WEEBER, Karl-Wilhelm, *Alltag im Alten Rom: ein Lexicon*, trad. it. de Francesca Ricci, *Vita quotidiana nell' antica Roma. Curiosità, bizzarrie, pettegolezzi, segreti e leggende*, 2003, Roma, Newton & Compton, Edizione Speciale per Il Giornale, 2003.

Abstract

O presente trabalho analisa o *stuprum per vim*, ou seja, o *stuprum* perpetrado mediante violência, no direito romano. Trata-se de um crime de violência sexual, praticado contra homens e mulheres na Roma Antiga. Embora este crime não tivesse uma autonomia conceitual e existam poucas fontes jurídicas romanas sobre o tema, o estudo deste argumento pode certamente contribuir para uma reflexão sobre o direito moderno, diante da recente Lei n. 11.106, de 2005, e especialmente no tocante às necessárias reformas da legislação penal brasileira referente ao estupro e ao atentado violento ao pudor. Ademais são examinados alguns temas como a sexualidade feminina e a relação entre a moralidade e a lei no direito penal romano. Busca-se, diante do limitado número de fontes jurídicas e, também com o apoio de fontes literárias, reconstruir um crime que suscita interessantes reflexões para os estudiosos do direito antigo e do direito moderno. Para tanto, foi realizada uma séria revisão crítica dos romanistas que trataram deste argumento e são traçados alguns aspectos que podem servir de subsídio histórico para uma reflexão sobre as escolhas normativas da nossa legislação e para uma eventual necessidade de mudança da mesma, sempre com o objetivo de garantir a todos os cidadãos, a dignidade humana, segundo os preceitos da Constituição Federal.

Abstract

Il presente lavoro analizza lo *stuprum per vim*, ossia lo *stuprum* perpetrato mediante violenza, nel diritto romano. Si tratta di un crimine di violenza sessuale, praticato contro uomini e donne della Roma antica. Nonostante questo crimine non avesse un' autonomia concettuale ed esistono poche fonti giuridiche romane riguardo il tema, lo studio di questo argomento può certamente contribuire per una riflessione sul diritto moderno di fronte alla recente legge n° 11.106, del 2005, e specialmente rispetto alla necessità di riforme della legislazione penale brasiliana riferente allo stupro e all' attentato violento al pudore. Oltre a ciò sono esaminati alcuni temi come la sessualità femminile e la relazione fra la morale e la legge nel diritto penale romano. Si cerca, di fronte al limitato numero di fonti giuridiche e , anche con l'appoggio di fonti letterarie, ricostruire un crimine che suscita interessanti riflessioni per gli studiosi di diritto antico e di diritto moderno. Per tanto, è stata realizzata una seria revisione critica dei romanisti che trattarono questo argomento e sono tracciati alcuni aspetti che possono servire di sussidio storico per un riflessione sulle scelte normative della nostra legislazione e per una eventuale necessità di cambiamento della stessa, sempre con l' obiettivo di garantire a tutti i cittadini la dignità umana, secondo i precetti della Costituzione Federale.

Abstract

The present work analyzes the *stuprum per vim*, or perhaps, *stuprum (rape)*, violently perpetrated, in Roman Law. It is treated as a violent sexual crime, practiced against both men and women, in Ancient Rome. Even though this crime was not conceived as an autonomous concept and there are few Roman judicial sources on the theme, the study of this argument can certainly contribute to a reflection on its place in modern law, in the face of the recent Law No. 11,106, 2005, and especially considering the reforms necessary in Brazilian penal legislation, related to rape and violent indecent assault. Apart from this, some themes, such as, feminine sexuality and the relation between morality and the law in Roman penal law, is examined. A search is made of the limited judicial sources and, also, with the help of literary sources, to reconstruct a crime which arouses interesting responses from ancient and modern law students. Therefore, a series of critical revisions was made of the works of Roman Law scholars that dealt with this argument, and some aspects were traced that can serve as a historical subvention for a reflection on the normative schools of our legislation; and for the eventual necessity of change as well; always aimed at guaranteeing citizens, human dignity; in accordance with the precepts of the Federal Constitution.