

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 213, CAPUT, C/C ART. 61, INC. II, ALÍNEA "F" E ART. 226, INC. II, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINAR DE NULIDADE AFASTADA. EXISTÊNCIA DO FATO E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA REDIMENSIONADA.

1. Ausente demonstração do efetivo prejuízo, descabe sustentar a nulidade do feito por desrespeito ao teor do art. 212 do CPP.

2. Nos crimes sexuais, a palavra da vítima merece ser valorizada, e, no caso, a ofendida, companheira do acusado, relatou os abusos de uma forma muito clara e o modo como o réu agia. Contou que em diversas oportunidades era submetida a manter relações sexuais contra a sua vontade.

3. Reconhecida a tentativa. Apenamento redimensionado, nos termos do voto médio.

**PRELIMINAR AFASTADA. UNÂNIME.
MÉRITO PARCIALMENTE PROVIDO, NOS TERMOS DO VOTO MÉDIO.**

APELAÇÃO CRIME

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Nº XXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXX)

(Nº CNJ:

COMARCA DE XXXXXXXXXXXXX

N.O.S.

APELANTE

..
MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO

..

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam as Desembargadoras integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em rejeitar a prefacial e, no mérito, prevaleceu o voto médio da Desa. Genacéia da Silva Alberton.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, as eminentes Senhoras **DES.^a GENACÉIA DA SILVA ALBERTON (PRESIDENTE) E DES.^a CRISTINA PEREIRA GONZALES.**

Porto Alegre, 27 de janeiro de 2016.

DES.^a LIZETE ANDREIS SEBBEN,
Relatora.

RELATÓRIO

DES.^a LIZETE ANDREIS SEBBEN (RELATORA)

Adoto o relatório do parecer ministerial, fls. 90 e verso, ao expressar, *in verbis* (abreviaturas ausentes no original):

"Trata-se de recurso de apelação interposto por N. O. DA S. (fl. 71), inconformado com a sentença que julgou procedente a pretensão punitiva, condenando-o como incurso nas sanções do art. 213 c/c art. 61, inciso II, alínea "f" e art. 226, inciso II, todos do Código Penal, à pena de 09 (nove) anos e 09 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado (Sentença das fls. 61/67).

Conforme a peça acusatória, no pertinente ao recurso (fls. 02/03):

"No dia 04 de janeiro de 2014, por volta das 11h30min, na residência localizada na Rua (...), o denunciado N. O. DA S. constrangeu, mediante violência, a vítima A. R. da S., a com ele manter conjunção carnal.

Na ocasião dos fatos, a vítima, esposa do denunciado, negou-se a ter relações sexuais com ele, momento em que ele disse que, mesmo assim, teria que manter. O denunciado então segurou as mãos da vítima e tirou a roupa desta. A vítima tentou permanecer com as pernas fechadas, porém o denunciado forçou com suas pernas para então conseguir consumir a penetração. Durante o ato o denunciado permaneceu segurando os braços da vítima e puxando os cabelos desta. A vítima pediu para o denunciado parar, mas ele ignorou seu pedido e consumou o ato sexual."

Em suas razões, a Defesa requereu, preliminarmente, a nulidade do feito por inobservância do art. 212 do Código de Processo Penal. No mérito, postulou a absolvição dos réus ante a insuficiência probatória. Subsidiariamente, pugnou pelo redimensionamento da pena-base (fls. 73/81).

O Parquet contrarrazoou o recurso, requerendo o improvimento do mesmo (fls. 84/86)."

Subiram os autos.

Nesta instância, a Procuradoria de Justiça, fls. 90/94, exarou parecer, da lavra da Dra. Ana Maria Schinestsck, opinando pelo improvimento do recurso.

Vieram-me os autos conclusos.

Esta Câmara adotou o procedimento informatizado e foi observado o art. 613, inc. I, do CPP.

É o relatório.

VOTOS

DES.^a LIZETE ANDREIS SEBEN (RELATORA)

O recurso é tempestivo, preenche os demais requisitos de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

Havendo preliminar, passo a enfrentá-la.

O art. 212 do CPP não vedou a formulação de perguntas pelo Juiz. Além disso, a Defesa não demonstrou, de forma concreta, qual teria sido o prejuízo suportado pelo apelante com a inquirição realizada pelo Magistrado.

Sob essa ótica, ressalta-se a decisão proferida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 110623/DF da lavra do Min. Ricardo Lewandoski, veiculado em 26/03/2012, cuja ementa se colaciona:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. I – Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância da ordem de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.690/2008. Isso porque a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas. II – Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que “(...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief comprende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. III – A decisão ora questionada está em perfeita consonância com o que decidido pela Primeira Turma desta Corte, ao apreciar o HC 103.525/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo

reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita. IV – Recurso improvido. Decisão: Recurso ordinário improvido, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 13.03.2012. [Grifei]

Assim, ausente demonstração do efetivo prejuízo, descabe sustentar a nulidade por afronta ao art. 212 do CPP.

No mérito, pretendendo a absolvição do acusado, a defesa sustenta, em síntese, carência probatória para fins condenatórios. Alternativamente, pugna pelo redimensionamento da pena.

Contudo, sem razão. Explico.

Analisando o contexto probatório carreado aos autos, tenho que se pode concluir, com a certeza que se exige para a prolação de um decreto condenatório, que o réu, efetivamente, praticou conjunção carnal com a vítima, sem o seu consentimento.

Transcrevo, por oportuno, parte da fundamentação exarada na sentença de primeiro grau (abreviaturas ausentes no original):

"A materialidade do delito está consubstanciada na comunicação de ocorrência nº.XXXXXXX (fls. 06/07), bem como na prova oral colhida.

A autoria do delito da mesma forma restou demonstrada, apesar na negativa ensaiada pelo réu, o qual, ao ser interrogado, disse (fls. 50/51):

"Juíza: lida a denúncia.

Réu: Eu quero esclarecer que nada disso é verdade.

Juíza: O senhor e ela são casados?

Réu: Sim, há quase trinta anos.

Juíza: Estiveram separados alguma vez?

Réu: Agora, nessa época aí que ela tava com depressão pelo falecimento da mãe então aconteceu isso aí. Ela achou por bem fazer essa (inaudível), se tu observar bem tá meio sem pé nem cabeça. As hora não condiz com nada.

Juíza: Alguma vez o senhor a obrigou a manter sexo contra a vontade dela?

Réu: Não.

Juíza: Alguma vez o senhor a forçou de alguma maneira à alguma prática sexual contra a vontade dela?

Réu: Nunca, toda nossa vida junto, nunca. Acho que ela própria pode dizer isso.

Juíza: O senhor já responde algum processo criminal antes?

Réu: Não.

Juíza: Já esteve preso alguma vez?

Réu: Não, nunca entrei em delegacia.

Juíza: Pelo MP.

Ministério Público: Então tudo isso na verdade, por que a sua esposa então compareceu na delegacia de polícia e fez essa ocorrência, prestou declarações lá?

Réu: Não sei, isso daí é o pensamento dela.

Ministério Público: Ela tomava alguma medicação?

Réu: Tomava, toma, até que agora não sei como tá, mas ela tomava Diazepam, tomava, ah, não lembro o nome dos remédio agora, sei que tomava vários remédio que eu comprava.

Ministério Público: E por que ela tomava?

Réu: Por problema de nervos.

Ministério Público: Que tipo de problema ela tinha?

Réu: Se atacava, se irritava, se, qualquer coisa era irritação pra ela.

Ministério Público: nada mais.

Juíza: pela defesa.

Defesa: Mas ela tem algum problema de saúde?

Réu: Ela toma remédio agora pros calorão da menopausa. Inclusive eu tenho comprado vários remédio pra ela, do jeito que ta ela ta bem.

Defesa: Aqui diz que ela teria fechado as pernas, que o senhor forçou.

Réu: Olha, nem lembro disso aí, se foi existência pra mim foi engano, tudo foi erro. Eu nunca fiz uma coisa assim, jamais vou fazer, criei uma filha dela.

Defesa: Como é a relação atual de vocês?

Réu: Pra mim tá ótima, a gente vive junto normal.

Defesa: Vocês estão juntos há quanto tempo?

Réu: Agora depois dessa separação, desde o começo do ano passado eu acho.

Defesa: Vocês têm filhos?

Réu: Criamos um neto, tá com cinco anos.

Defesa: Sim, mas têm filhos?

Réu: Sim, temos um casal de filhos e eu criei uma filha dela. Eu acho que houve algum, uma queda aí.

Defesa: nada mais.

Juíza: nada mais”.

A vítima, ouvida na fase judicial, confirmou as acusações, referindo que efetivamente mantinha relações com o réu

contra a sua vontade e mediante violência, narrando (fls. 48/49):

Juíza: lida a denúncia. O que aconteceu, Dona A.? Houve isso aqui?

Vítima: Aconteceu, sabe? A gente tava passando por uma crise no nosso casamento. Ele andava bem louco dentro de casa, nada chegava, não sei se tinha mulher na rua, chegava e me agredia com palavras, me enchia de desaforo. Eu queria falar pra ele o que estava acontecendo, ele não respondia nada pra mim. Quando mantinha relação eu não queria e ele me pegava à força. Dizia que como que eu não ia vontade e prazer. Foi uma época horrível, foi uma crise horrível que eu passei né? Aí quando houve umas agressão que eu fiquei toda pisada eu fui fazer uma ocorrência né?

Juíza: Essa ocorrência que a senhora fez foi de janeiro foi quando a senhora ficou machucada?

Vítima: Não, foi do ano passado que eu fiz, não foi de agora. Foi do ano passado, eu fiquei quase um ano longe dele, nós ficamos quase um ano separados. Foi em junho do ano passado, foi mais ou menos em junho do ano passado que houve essa desavença entre nós.

Juíza: Esse fato aqui, o último, que tem nesse processo aqui, a senhora teria procurado a delegacia no dia cinco de dezembro, dizendo que no dia quatro de dezembro ele queria manter a relação, teria forçado a senhora à essa situação e que a senhora até então nunca tinha registrado ocorrência porque tinha medo, ele era muito violento.

Vítima: Antes, é, eu fiquei uns quantos anos oprimida né? Oprimida não queria fazer ocorrência porque eu tinha medo dele, minhas criança eram pequena né? Mas agora meu filho já tá com 28 anos, a gente é casado há 28 anos, aí eu comecei a ver que as coisas já tinham mudado que, né, mudou tudo, eu não ia ser saco de pancada dele.

Juíza: E como que foi esse dia aqui que a senhora teve que registrar ocorrência, o que aconteceu?

Vítima: Ele me pegava com força com os mãozão dele, porque ele é muito gandalhão né? Ele me pegava com força assim, sabe? Abria bem minhas perna e eu tensa, dura, não queria manter relação.

Juíza: E ele conseguiu manter relação com a senhora?

Vítima: Tivemos relação, ele fez relação assim comigo.

Juíza: E daí a senhora foi procurar a polícia?

Vítima: Daí nós se separamos sabe, por causa disso, depois disso houve uma agressão que ele pisou meu braço, depois daquilo eu fiz uma ocorrência também, ele me jogou longe né? Até tivemos depois agora, mês passado, nós tivemos uma outra audiência ali, eu tive com ele. Agora ele tá que é um santo né.

Juíza: Depois de tudo isso, o que fez a senhora voltar com ele?

Vítima: Ele me chamou pra conversar comigo, me pediu mil desculpas, acalmou, não sei o que tava se passando com ele. Não entendi até hoje, ele nunca me contou o que estava havendo com ele, se ele teria outra companheira, não sei o que ele queria.

Juíza: Pelo MP.

Ministério Público: No dia esse, dessa ocorrência, houve alguma discussão entre vocês relacionada a dinheiro?

Vítima: Não, ele não me deixava dinheiro, ele recebia e não deixava dinheiro. Aí eu dizia “eu quero dinheiro pra dentro de casa porque tu é meu marido, assim como tu diz que eu tenho que fazer sexo à força contigo tu tem que me dar dinheiro”, dizia pra ele. “Tu tem que deixar dinheiro pra mim”, aí discutimo.

Ministério Público: Essa sexo forçado ocorreu depois dessa discussão, logo em seguida, algumas horas depois, como foi?

Vítima: Foi só quando eu pedia dinheiro, eu falava que eu tinha que ter dinheiro em casa, aí ele fez no mesmo dia isso aí.

Ministério Público: E quando ele se aproximava da senhora pra manter as relações sexuais, como era?

Vítima: Quando eu tava afim eu fazia, quando eu tava afim mesmo, quando ele tava legal, ele não tava meio brutalhão, até que eu fazia relação com ele, ele fazia normal, sem briga nenhuma. Mas quando ele tava invocado que eu não queria...

Ministério Público: A minha pergunta é nesse dia aqui, no dia da ocorrência, quatro de janeiro de 2014, a senhora queria ou não queria?

Vítima: Não, eu não queria manter relação com ele, não era sempre que eu queria manter relação com ele. Ele dizia que eu tinha que manter relação com ele.

Ministério Público: Ele agrediu a senhora nesse dia?

Vítima: Ta, eu to falando pra vocês que nós ficamos um ano separado, foi no ano passado o que ele me fez, que ele me pegou a força pra fazer sexo à força, foi ano passado isso aí.

Ministério Público: Não foi agora em janeiro de 2014?

Vítima: Não foi, ta havendo alguma confusão.

Ministério Público: Depois da consumação do sexo, enfim, como é que ele agia, como era o relacionamento de vocês?

Vítima: Ele simplesmente usava um objeto, se virava e ia dormir, descarregava e ficava normalmente, como se nada tivesse acontecido. No outro dia levantava com aquela cara de pau, como se nada tivesse acontecido.

Ministério Público: Alguém presenciou essas brigas, essas discussões?

Vítima: A gente morava ali na (...), onde que morava meu filho e a minha nora, a única que assistiu foi a R., foi a única que sabia da minha vida, dos gritos dele, que ele gritava, ele deixava os vizinhos tudo ouvir né? A minha nora assistiu e viu no dia que ele me empurrou mesmo ela assistiu, ela viu.

Ministério Público: nada mais.

Juíza: Pela defesa.

Defesa: nada mais.

Juíza: nada mais”.

Com efeito, do conjunto probatório coligido nos autos, resta incontroversas tanto a existência do fato quanto sua autoria. No particular, a vítima fora obrigada a manter relação sexual com o réu (pelo que se depreende, várias vezes no curso da relação afetiva).

Como se sabe, tratando-se de crime sexual que, por sua própria natureza, é praticado fora das vistas de testemunhas, a palavra da vítima é de vital importância para a determinação da materialidade e da autoria do delito.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados, originários deste fracionário:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA INSTRUÇÃO POR OFENSA AO ART. 212 DO CPP. A nova redação do art. 212 do CPP não retirou do juiz o direito de inquirir as testemunhas antes das partes, sendo incabível a decretação de nulidade da audiência sob esse fundamento. Preliminar rejeitada. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. A materialidade e a autoria dos delitos imputados ao réu foram comprovadas pela palavra da vítima, de seus pais, dos policiais militares e civis envolvidos na prisão do réu, bem como dos colegas de trabalho do acusado, os quais não comprovaram o álibi por ele apresentado. Ao contrário, as testemunhas de defesa culminaram por corroborar a tese acusatória, deixando a versão apresentada pelo réu isolada no contexto probatório. **PALAVRA DA VÍTIMA. Nos delitos contra a liberdade sexual, de regra, cometidos sem a presença de testemunhas e sem deixar vestígios físicos ou visíveis, a palavra da vítima é merecedora de especial valor pelo magistrado, que, obviamente, deverá estar atento à existência de motivos para falsa imputação, cotejando depoimentos e analisando cada caso. No**

caso dos autos, o relato da ofendida mostra-se coerente e uniforme. Além disso, a prova colhida não revelou qualquer motivo para a imputação injusta do delito ao réu, seja pela vítima, seja pelas testemunhas. Afastada a dúvida. Mantido veredicto condenatório. APENAMENTO. A análise das aferidoras do art. 59 do CP permite o afastamento da pena-base do mínimo legal em face das circunstâncias consideradas negativas. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA (ART. 61, I, DO CP). É constitucional o aumento pela agravante da reincidência, tratando-se de um critério especial para a individualização da pena imposta pela prática de novo crime pelo acusado. CONTINUIDADE DELITIVA. Tendo sido comprovada a prática de pelo menos três fatos delituosos, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar e maneira de execução, contra a mesma vítima, correta a aplicação da continuidade delitiva, cuja fração de aumento vai mantida no patamar máximo de 2/3. REJEITADA PRELIMINAR. RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70055021422, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 20/02/2014). [Grifei]

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA. DESCABIMENTO. RECLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 213 DO CP. DIMINUIÇÃO DO QUANTUM DE AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. Comprovadas a materialidade e autoria, correta a condenação do réu. Caso dos autos em que o acusado praticou atos diversos da conjunção carnal com uma das vítimas, consistentes em passar a mão pelo seu corpo e realizar sexo oral, e praticou conjunção anal com a outra vítima. **Em crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima assume especial importância, eis que cometidos geralmente às escondidas, sem testemunhas. In casu, além do relato seguro e coerente das vítimas, ainda há o depoimento de seus pais, que afirmaram a mudança de comportamento das crianças, e o laudo psicológico corroborando os depoimentos dos ofendidos.** Para a consumação do crime de estupro, na forma do atentado violento ao pudor, basta que o contato físico que cause o constrangimento da vítima gere a satisfação sexual do réu. Incabível a reclassificação para o delito do art. 213 do CP, pois a continuidade delitiva perdurou até o ano de 2012, já na vigência da lei nº 12.015/09. Súmula 711 do STF. Apelação desprovida. (Apelação Crime Nº 70056893530, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em 20/02/2014). [Grifei]

Portanto, não obstante a negativa de autoria do acusado, tenho que as provas produzidas no presente feito são robustas e autorizam a manutenção da condenação do réu nas sanções do art. 213 do CP.

No tocante ao pleito de redimensionamento da pena, também não assiste razão à defesa.

Ao fixar a pena do acusado, assim fundamentou a Julgadora singular:

"O réu é imputável, tinha plena consciência da ilicitude de sua conduta, sendo exigível comportamento diverso, nada estando a determinar alto grau de culpabilidade. O réu é tecnicamente primário e não registra antecedentes. Conduta social e personalidade sem elementos para aferição, presumindo-se normal. Motivos- comuns à espécie. Circunstâncias que redundam em causa de aumento de pena, a ser considerada no momento oportuno. As consequências não constam nos autos, mas reprovável em razão do abalo sofrido pela vítima, o que pode ser constatado quando de sua oitiva. A vítima em nada contribuiu para o delito.

Observadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e lembrando que a pena cominada ao delito é de 06 a 10 anos, fixo a pena-base em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Presente a agravante do art. 61, II, letra "f", do CP, exaspero a pena em 03 (três) meses de reclusão, restando provisória em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Incorre, ainda, a majorante do art. 226, II, do CP, pois o réu vivia em união estável com a vítima. Assim, aumento a pena pela metade, restando em 09 (nove) anos e 09 (nove) meses de reclusão. Na ausência de outras causas modificadoras torno definitiva a pena neste patamar."

A meu ver, a dosimetria da pena foi realizada de forma adequada, em observância ao sistema trifásico e às circunstâncias do caso concreto, não havendo qualquer reparo a ser feito.

À vista do exposto, **REJEITO** a prefacial e, no mérito, **DESPROVEJO** o recurso.

É como voto.

DES.^a CRISTINA PEREIRA GONZALES (REVISORA)

Rogo vênia para divergir da eminente Relatora para dar provimento ao recurso do acusado e absolvê-lo da acusação que lhe foi imputada.

Ressalto que os delitos contra a dignidade sexual ocorrem geralmente na clandestinidade e nem sempre deixam vestígios. A sua comprovação se dá pela prova oral colhida, em especial, pela palavra da vítima.

Sobre tema:

“Destarte, a condenação do estuprador pode ser baseada exclusivamente na palavra da vítima, quando ausentes outras provas seguras da autoria e da materialidade do fato criminoso. O julgador, nesses casos, deve agir com redobrada cautela para evitar revanchismos e perseguições inaceitáveis. O fundamental é cotejar as declarações do ofendido com o quadro fático narrado nos autos, verificando sua segurança e, principalmente, a ausência de motivos para incriminar injustamente um inocente”¹

Todavia, na espécie, observo que vítima é esposa do réu com quem continua casada, sendo que a acusação de que teria sido forçada a manter relações sexuais contra a sua vontade não veio confortada por qualquer outro elemento probatório.

A ofendida, no dia 05/12/2012, registrou ocorrência policial contra o acusado, seu marido, que a teria estuprado no dia 04/12/2012 (fls. 06/07).

A vítima quando ouvida na fase inquisitorial relatou que o acusado a estuprou a força, segurou seus braços, empurrou as suas pernas e puxou os seus cabelos. (fls. 09/10). Em juízo (fls. 48/49v), a ofendida relatou ter sido forçada a manter relações sexuais com o imputado. Na delegacia, admitiu sofrer dos nervos. E, em juízo, referiu estar convivendo matrimonialmente com o acusado, depois de um breve período separados.

No entanto, apesar do relato, observo que além não ter se submetido a exame de corpo de delito para comprovar as agressões (puxões de cabelo, constrição de seus braços e etc), a vítima tampouco se submeteu ao exame de conjunção carnal, de molde a comprovar a materialidade delitiva.

¹ MASSON, Cleber. *Direito Penal*. Vol. 3. 4º ed. São Paulo: Método, 2014, p. 27.

Além disso, a narrativa da ofendida foi se alterando ao longo do tempo, pois em juízo não mais disse ter sido puxada pelos cabelos.

De outro norte, o acusado, tanto na fase policial (fls. 16/17) quanto na judicial (fls. 50/51) negou os fatos, dizendo ser casado com a vítima há mais de 25 (vinte e cinco) anos, sendo que ela era doente dos nervos e fazia uso de medicação para tal finalidade. Aduziu que estão vivendo juntos novamente.

Desta feita, diante da alteração do relato dos fatos pela vítima, de seu noticiado problema psicológico, do fato de continuar vivendo maritalmente com o réu, que negou a prática delitiva, da ausência de prova testemunhal ou técnica a corroborar a versão acusatória, entendo que autorizada a instauração da dúvida acerca da ocorrência do fato e que deve ser solvida em favor do réu, na esteira do princípio do *in dubio pro reo*.

Nesse sentido, colaciono precedente do STJ:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NESTA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. SÚMULA 7/STJ.PRECEDENTES.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça há muito se consolidou no sentido de que, em se tratando de crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima tem alto valor probatório, considerando que delitos dessa natureza geralmente não deixam vestígios e, em regra, tampouco contam com testemunhas.

2. No caso, contudo, o Tribunal Distrital, competente pela análise do conteúdo probatório dos autos, concluiu pela ausência de credibilidade da acusação, eis que a palavra da vítima não teria sido corroborada pelas demais provas produzidas, razão pela qual aplicou o princípio in dubio pro reo para absolver o ora recorrido com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

3. A reforma do aresto impugnado demandaria o necessário reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado no julgamento do recurso especial por esta Corte Superior de Justiça, que não pode ser considerada uma terceira instância revisora ou tribunal de apelação reiterada, a teor do enunciado nº 7 da súmula deste Sodalício.

4. Agravos regimentais improvidos.

(AgRg no REsp 1494344/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015)

Assim é que não extraindo dos autos a conclusão irrefutável de que o réu tenha praticado a conduta descrita na denúncia, voto no sentido de absolvê-lo, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do CPP.

DES.^a GENACÉIA DA SILVA ALBERTON (PRESIDENTE)

Pedindo vênia à eminente Relatora, acompanhando-a na preliminar, no mérito dirijo para readequar a pena imposta ao acusado.

Verifica-se, pelo que consta nos autos, que a vítima teve a vida conjugal eivada de ameaças e agressões. Na data referida na denúncia, não teria havido lesão, mas o réu, seu marido, com quem convivia há mais de 28 anos, exigiu e manteve relação sexual com ela contra a sua vontade.

É certo que a relação matrimonial não dá ao marido o direito de exigir o cumprimento de dever conjugal de manutenção de relação sexual se a cônjuge assim não o quiser. Embora a negativa possa dar base ao pedido de separação/divórcio e até mesmo à nulidade matrimonial caso a negativa ocorra logo após o matrimônio, essa circunstância não ampara o réu. Por outro lado, no caso, há notícia de que ambos estão convivendo e cuidam de uma neta de 5 anos de idade (fl. 51)

Observe-se que houve erro material na denúncia que refere como data do fato o 04. 01.2014, sendo que na ocorrência policial e termo de declaração, a vítima refere 04.12.2012, o que confirmou em juízo (fl. 49v). Esse fato, porém, não enseja nulidade processual ou absolvição visto que a data ficou esclarecida em audiência, conforme constou na manifestação do Ministério Público (fl. 60), ficando reconhecida a divergência apenas como erro material, sem prejuízo à defesa.

Tenho destacado que, nas relações familiares, é inadequada a aplicação de sanção penal que virá apenas piorar a relação de convivência.

Todavia, considerando que, segundo se observa no processos de família, é conhecida a prática masculina de imposição de ato sexual à cônjuge mulher como mera obrigação e não como ato livre de amor, impõe-se a condenação do acusado, embora em termos diversos daqueles impostos na sentença condenatória.

Com relação às circunstâncias do art. 59, verifica-se que os mesmos não são desfavoráveis ao acusado que é primário, exercendo conduta delitiva no exercício da vida matrimonial.

Fixo, pois, a pena-base em 6 anos de reclusão. No caso, por entender que o marido não tem autoridade em relação à esposa, afasto a incidência do art. 226, inc. II, do Código Penal, aplicando apenas a agravante do art.61, inc.II, alínea “f”. Em decorrência a pena é aumentada em 3 meses.

Tendo em vista a razoabilidade na aplicação da pena em atenção aos fatos e circunstâncias em que ocorreu a prática do ato sexual alegado pela vítima, aplico a tentativa, diminuindo a pena em $\frac{1}{2}$, passando, assim, a pena a 3 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão a ser cumprida em regime aberto. Também pela peculiaridade do caso em julgamento, entendo pedagógico ao réu, com base no art. 44 do Código Penal, substituir a pena restritiva de liberdade por prestação de serviço à comunidade, em local a ser designado pelo juízo pelo prazo da pena e dez dias multa, fixada a multa no mínimo legal, observada a situação econômica do réu.

DES.^a GENACÉIA DA SILVA ALBERTON - Presidente - Apelação Crime nº XXXXXXXXXXXX, Comarca de XXXXXXXX: "À UNANIMIDADE, REJEITARAM A PREFACIAL E, NO MÉRITO, VOTOU A RELATORA NO SENTIDO DE NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO; A REVISORA EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA ABSOLVER O ACUSADO NOS TERMOS DO ART. 386, INC. VII, DO CPP; E A VOGAL EM DAR PARCIAL PROVIMENTO PARA

RECONHECER A TENTATIVA, REDIMENSIONANDO A PENA PARA 03 ANOS, 01 MÊS E 15 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO. PREVALECEU O VOTO MÉDIO DA VOGAL, DESA. GENACÉIA DA SILVA ALBERTON."

Julgador(a) de 1º Grau: XXXXXXXXXXXXXXXX