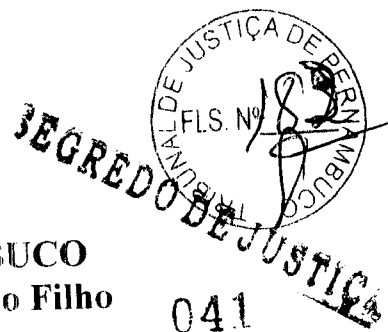




**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho**  
**Terceira Câmara Criminal**



**APELAÇÃO CRIMINAL Nº: 0151581-1**

**COMARCA** : Cabo de Santo Agostinho – 2ª Vara Criminal  
**APELANTE** : Gilmar Seabra dos Santos  
**APELADO** : Ministério Público do Estado de Pernambuco  
**RELATOR** : Des. Nivaldo Mulatinho Filho  
**REVISORA** : Des. Alderita Ramos de Oliveira  
**PROCURADOR** : Dr. Ricardo Lapenda Figueiroa

**EMENTA:**

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. NULIDADE DA SENTENÇA POR OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA. DESCABIMENTO. EXACERBAÇÃO DA PENA. INEXISTÊNCIA. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA INTEGRALMENTE FECHADO. DESCABIMENTO. DETRAÇÃO PENAL NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

**I** – É preclusiva a arguição de nulidade referente à ausência de convocação coercitiva das testemunhas arroladas na Defesa Prévia, vez que, tendo sido intimado pessoalmente o causídico para se manifestar a respeito, silenciou, não sendo suscitada a matéria, tampouco, nas Alegações Finais, nos termos do Art. 571, inciso II, do CPP.

**II** – Tendo confessado em detalhes, na fase inquisitorial, o delito que lhe foi atribuído, não convence a negativa de autoria em Juízo, mormente se há outros elementos nos autos que conduzem à sua culpabilidade, inclusive a palavra da vítima, que, pela tenra idade de 10 anos, seviciada no interior de sua residência, de madrugada, enquanto dormia, acarreta maior juízo de reprovabilidade da conduta do réu, a autorizar uma sanção equivalente, em obediência ao princípio da proporcionalidade, o que demonstra acerto na dosimetria penal adotada pelo Magistrado *a quo*, que considerou, inclusive, a atenuante da confissão perante a Autoridade



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho**  
**Terceira Câmara Criminal**



042

Policial, além de definir a sanção definitiva próxima do mínimo abstratamente considerado. Não se aplica ao caso concreto a nova Lei 12.015/09, já que a pena aplicada ao crime do art. 217-A é mais gravosa do que a do tipo do art. 214, agora revogado.

**III** – Impõe-se a alteração, de ofício, do regime de cumprimento da pena imposta ao réu, para o inicialmente fechado, a possibilitar progressão, esta se atendidos os requisitos exigidos legalmente, face ao disposto na Lei nº 11.464/2007, que alterou a Lei nº 8072/1990 (*crimes hediondos*).

**IV** – Descabe, na fixação da reprimenda, a detração penal relativa ao cumprimento de custódia provisória, eis que o procedimento, consistente em incidente de execução, compete ao Juízo da Vara das Execuções Penais, após o trânsito em julgado da condenação.

**V** – Recurso improvido. Decisão unânime.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **Apelação Criminal nº 0151581-1**, no qual figuram como partes as retronominadas, **ACORDAM** os Desembargadores componentes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, **à unanimidade, em negar provimento ao recurso**, nos termos do relatório e votos anexos, que passam a integrar este aresto.

Recife, 18 de dezembro de 2009

  
**Des. Nivaldo Mulatinho Filho - Relator**



175  
8

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho**  
**Terceira Câmara Criminal**

043

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº: 0151581-1**

COMARCA : Cabo de Santo Agostinho – 2ª Vara Criminal  
APELANTE : Gilmar Seabra dos Santos  
APELADO : Ministério Público do Estado de Pernambuco  
RELATOR : Des. Nivaldo Mulatinho Filho  
REVISORA : Desa. Alderita Ramos de Oliveira  
PROCURADOR : Dr. Ricardo Lapenda Figueiroa

**RELATÓRIO**

---

**GILMAR SEABRA DOS SANTOS**, codinome “**Mar ou Má**”, foi denunciado (fls. 02/04), no dia 06 de março de 2002, como incurso nas penas do crime de Atentado Violento ao Pudor, insculpido no Art. 214, do Código Penal, nos autos do Processo-Crime nº 210.2002.000020-7, que tramitou perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca do Cabo de Santo Agostinho, neste Estado.

Em síntese, narra a Denúncia que, no dia **26 de setembro de 2001**, por volta das 2h, na Travessa da Esperança, nº 24, Ponte dos Carvalhos, na comarca referida, o acusado invadiu a casa da criança **Janaína Vieira da Silva**, de 10 (dez) anos de idade, no momento em que ela dormia, tendo praticado com esta ato libidinoso diverso da conjunção carnal, por meio de violência.

Alude a preambular acusatória que, no momento em que estava sendo aliciada, a vítima conseguiu chamar pelo pai, oportunidade em que este se dirigiu ao local, chegando a presenciar o denunciado com o calção abaixado, masturbando-se com o órgão sexual visivelmente excitado, evadindo-se ao ser flagrado, tendo, todavia, sido alcançado pelo genitor da menor, que o levou à Delegacia de Polícia.

Refere, ainda, a exordial ministerial que a infante informou que o infrator se masturbava enquanto tocava suas partes íntimas, acrescentando o *Parquet* que há notícias na comunidade de que o acusado já tentou estuprar **Geane Balbina da Silva**, moradora da localidade.

Laudos Periciais Sexológicos acostados às fls. 24/25.

A prisão preventiva do réu foi decretada, em 22 de janeiro de 2002 (fls. 32), sendo revogada em 18 de julho de 2002 (fls. 42).



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho**  
**Terceira Câmara Criminal**

176  
044

A Denúncia foi recebida em **20 de março de 2002** (fls. 02).

O réu foi interrogado em Juízo (fls. 44/45), sendo apresentada Defesa Prévia (fls. 48).

Foram ouvidas 03 (três) testemunhas e a vítima arroladas pela Acusação (fls. 52/53, 64/65, 68/69), tendo sido, na mesma audiência, decretada novamente a custódia cautelar do acusado (fls. 69).

Não encontradas pelo Oficial de Justiça as 03 (três) testemunhas do rol da Defesa, o Juízo Processante fixou prazo para que o causídico se manifestasse, deixando este de fazê-lo (fls. 81), embora intimado (fls. 80/80v.)

O Ministério Público apresentou as Razões Derradeiras (fls. 85/88), enquanto o Defensor do réu desistiu do seu patrocínio em 18/10/2004 (fls. 89).

O acusado foi preso preventivamente (fls. 76 e 95), tendo constituído novos Defensores, que apresentaram Alegações Finais (fls. 101/103), os quais renunciaram ao mandato (fls. 108), assumindo a causa o Advogado que havia anteriormente desistido do patrocínio (fls. 115/116).

O réu foi condenado, em 1º de março de 2007, à pena de 07 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado, bem como às custas processuais (fls. 122), tendo apelado (fls. 125), apresentando as razões às fls. 126/129, que foram refutadas pelo *Parquet* (fls. 134/139).

Nesta Instância, a douta Procuradora de Justiça, na pessoa do Dr. Ricardo Lapenda Figueiroa, ofertou Parecer, opinando pelo improvimento da Apelação (fls. 153/156).

É o relatório.

Recife,

21.08.2009

  
**Des. Nivaldo Mulatinho Filho**  
**Relator**



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho**  
**Terceira Câmara Criminal**

045

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº: 0151581-1**

**COMARCA** : Cabo de Santo Agostinho – 2ª Vara Criminal  
**APELANTE** : Gilmar Seabra dos Santos  
**APELADO** : Ministério Público do Estado de Pernambuco  
**RELATOR** : Des. Nivaldo Mulatinho Filho  
**REVISORA** : Des. Alderita Ramos de Oliveira  
**PROCURADOR** : Dr. Ricardo Lapenda Figueiroa

**VOTO**

---

Versam os autos acerca do delito de **Atentado Violento ao Pudor**, insculpido no Art. 214, do Código Penal, objeto do Processo-Crime nº 210.2002.000020-7, oriundo da 2ª Vara Criminal da Comarca do Cabo de Santo Agostinho, neste Estado.

Em síntese, narra a Denúncia que, no dia **26 de setembro de 2001**, por volta das 2h, na Travessa da Esperança, nº 24, Ponte dos Carvalhos, na comarca referida, o acusado **GILMAR SEABRA DOS SANTOS** invadiu a casa da criança **Janaína Vieira da Silva**, de 10 (dez) anos de idade, no momento em que ela dormia, tendo praticado com esta ato libidinoso diverso da conjunção carnal, por meio de violência.

Aludê a preambular acusatória que, no momento em que estava sendo aliciada, a vítima conseguiu chamar pelo pai, oportunidade em que este se dirigiu ao local, chegando a presenciar o denunciado com o calção abaixado, masturbando-se com o órgão sexual visivelmente excitado, evadindo-se ao ser flagrado, tendo, todavia, sido alcançado pelo genitor da menor, que o levou à Delegacia de Polícia.

Refere, ainda, a exordial ministerial que a infante informou que o infrator se masturbava enquanto tocava suas partes íntimas, acrescentando o *Parquet* que há notícias na comunidade de que o acusado já tentou estuprar **Geane Balbina da Silva**, moradora da localidade.

Inconformado com a pena de 07 (sete) anos de reclusão imposta (fls. 118/122), o réu apelou (fls. 125), aduzindo seu Patrono, em resumo, no arrazoado



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho**  
**Terceira Câmara Criminal**



046

de fls. 126/129, que a Sentença padece do vício de nulidade, eis que o Magistrado Processante violou o princípio do contraditório e da ampla defesa, ao deixar de determinar a condução coercitiva das testemunhas indicadas por seu cliente, assegurando não ter havido preclusão, visto que a argüição se deu nas alegações derradeiras (fls. 102/103), sendo apenas ratificada por ocasião das razões recursais (fls. 127).

Pretende, ainda, o causídico seja reformado o decreto condenatório, por se embasar em prova testemunhal inconsistente, além de ter sido imposta sanção exacerbada, segundo preconiza, sem que o Juízo *a quo* considerasse o tempo de cumprimento da prisão cautelar, ignorando, desse modo, a detração penal.

**PRELIMINAR**

No que pertine à argüição de nulidade do processo, por afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa, em razão de não ter o Juiz Sentenciante determinado a condução coercitiva das testemunhas constante do rol da Defesa, mesmo tendo os Defensores do réu suscitado a questão no Arrazoadado Derradeiro de fls. 102/103, consoante aduz o Advogado subscritor do Apelo, **entendo incabível a argumentação.**

A matéria, conforme registrou a representante do Ministério Público de 1º Grau, em suas Contrarrazões de Apelo (fls. 134), alcançou a **preclusão.**

Diferentemente do que aludiu o Apelante, em seu arrazoadado, os Defensores do denunciado, à época, quando do oferecimento das Alegações Derradeiras (fls. 102/103), momento em que deveria haver a argüição da nulidade ocorrida durante a Instrução, a teor do disposto no art. 571, inciso II, do CPP, não fizeram qualquer questionamento acerca de possível nulidade pela ausência de depoimento das testemunhas arroladas na Defesa Prévia. O que se depreende, na verdade, é que no trecho citado os causídicos insurgiram-se contra a custódia cautelar do acusado, decretada pela Magistrada *a quo*, em face da ausência deste à audiência designada (fls. 69), aliás, a mesma em que deixaram de comparecer as testemunhas aludidas, tendo aqueles profissionais reproduzido a certidão da Secretaria da Vara, argumentando que a ausência injustificada do Defensor, por sinal o mesmo que subscreve o presente Apelo, debilitaria a condição pessoal do réu diante do julgador.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho**  
**Terceira Câmara Criminal**



047

Portanto, não houve arguição de nulidade oriunda da instrução criminal, no momento apropriado, estando evidente nos autos que o causídico subscritor deste recurso, que não compareceu àquela audiência, embora intimado pessoalmente (fls. 80v.) para se manifestar acerca das testemunhas ausentes, por não terem sido encontradas no endereço fornecido (fls. 77v.), deixou escoar o prazo sem que pugnassem por diligências, o que foi certificado pela Secretaria da Vara (fls. 81).

Ademais, ao receber vista dos autos, para os fins do art 499, do CPP, o aludido Advogado desistiu do patrocínio, alegando foro íntimo (fls. 89), vindo, na oportunidade do Apelo, invocar nulidade, por omissão de iniciativa judicial, quando se verifica ter contribuído para a não inquirição daquelas testemunhas, por ter silenciado quando intimado (fls. 80v.) e na fase do art. 499, do CPP, desistindo, por fim, da defesa do réu (fls. 89), de modo que **emerge incontestemente a preclusão da nulidade processual suscitada, rejeitando-se a preliminar.**

### MÉRITO

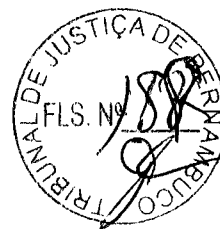
Ressalto que o *Parquet* atuante perante a 2ª Vara Criminal da Comarca do Cabo de Santo Agostinho denunciou de **GILMAR SEABRA DOS SANTOS**, imputando-lhe a prática do delito de **Atentado Violento ao Pudor** (fls. 02/04), pelo que foi condenado, restringindo-se, desse modo, a análise recursal, exclusivamente, a este tipo penal, inclusive porque a vítima, que contava com 10 (dez) anos de idade, à época do fato narrado na exordial, não mencionou, quando ouvida em juízo, a conjunção carnal (fls. 68/69), ainda que haja no processo Laudo Pericial Sexológico dando conta de suposto cometimento do delito de Estupro (fls. 24/24v), nem tampouco será considerada a alegação ministerial de que o réu tentou praticar o crime de Estupro contra **Geane Balbina da Silva**, visto que esta não corroborou tal versão ao ser ouvida em Juízo (fls. 64/65).

A materialidade do crime a que alude o decreto de condenação (art. 214 do CP) restou sem configuração, pois os peritos não tiveram elementos para negar ou afirmar o atentado violento ao pudor, conforme o Laudo Sexológico de fls. 25.

Porém, a consumação do delito de Atentado Violento ao Pudor nem sempre deixa vestígios, como é pacífico na Doutrina e Jurisprudência.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho**  
**Terceira Câmara Criminal**



048

Veja-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no julgado a seguir transcrito:

*“STF: “Atentado violento ao pudor. Prova. Ausência do exame de corpo de delito. Nulidade inexistente. Hipótese de crime que não deixa vestígios. (...) O exame do corpo de delito é dispensável para a apuração do crime de atentado violento ao pudor, pois este delito não está entre aqueles que exigem obrigatoriamente o exame pericial, quando a prática de atos libidinosos, sem penetração, não deixar vestígios” (Grifei) (RT 752/525).*

Por outro lado, a Doutrina e a Jurisprudência têm adotado a posição de que deve haver o contato físico entre o agente e a ofendida, para caracterização do tipo descrito no Art. 214, do CP. Júlio Fabbrini Mirabete leciona que *“A lei sempre exige o contato físico com o ofendido, pois prevê ação do agente com ou sobre a vítima. Não é indispensável, porém, que o ato seja praticado com o agente, podendo realizar-se com terceiro”* (in Código Penal Interpretado, 6ª edição, Atlas, 2008, pág. 1810). Esse é, também, o escólio jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*“TJSP: “(...) Atentado violento ao pudor – Caracterização – Contato corporal entre o réu e a vítima para expansão da lascívia. (...) Para a caracterização do crime de atentado violento ao pudor é suficiente o contato corporal entre o réu e a vítima, para expansão da lascívia” (RT 797/572).*

É a hipótese dos autos.

Ao ser inquirida em Juízo, a vítima infante, **Janaína Vieira da Silva**, declarou (fls. 68/69):

*“Que estava dormindo quando de repente acordou e viu o acusado em seu quarto com o pênis à mostra em estado de ereção; Que acordou porque o acusado introduziu o seu dedo no ânus da depoente; Que o acusado mandou que a depoente pegasse no pênis dele e não gritasse senão ele a mataria; Que a depoente não pegou no pênis do acusado e gritou pelo seu pai; Que a depoente é virgem; Que nunca teve contato sexual com nenhum homem; Que não sabe*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho  
Terceira Câmara Criminal



049

*dizer se o acusado introduziu o dedo em sua vagina; Que conseguiu sentir apenas quando ele introduziu o dedo no seu ânus; Que quando gritou pelo seu pai o acusado saiu correndo, sendo perseguido pelo seu pai.” (Destaquei)*

A versão da menor coaduna-se com a do acusado, **GILMAR SEABRA DOS SANTOS**, quando de sua confissão perante a Autoridade Policial, feita em detalhes (fls. 22):

*“[...] QUE há aproximadamente um mês, o declarante também confessa que também tentou estuprar uma menor, filha de Rivaldo Gomes da Silva, conhecido por “MINHA”, e para a prática deste fato o declarante afirma que neste dia, fumou maconha, tomou Rophynol, e algumas cervejas, e por volta das 03h00 dirigiu-se até a residência do MINHA, adentrou na mesma, e adentrou no quarto, ocasião em que viu a filha do MINHA deitada na cama dormindo, e nesta ocasião, resolveu abusar sexualmente da mesma enfiando o dedo no ânus da menina (menor), e inclusive, enquanto enfiava o dedo se masturbava; QUE em meio a esta prática, a menor (vítima) gritou, ocasião em que o pai da mesma adentrou no quarto e o declarante fugiu do local para lugar certo, ou seja, sua residência; QUE admite ser viciado em maconha e Rophynol.” (Grifei)*

68): **Rivaldo Gomes da Silva**, genitor da vítima, afirmou em Juízo (fls.

*“QUE no dia do crime estava dormindo em casa quando escutou os gritos de sua filha Janaína; Que Janaína gritava dizendo que havia um homem em seu quarto “bulindo” nela; Que quando se dirigiu para o quarto da Janaína o acusado passou pelo depoente correndo; Que saiu atrás do acusado juntamente com seu filho Wellington e a própria Janaína; Que conseguiu pegar o acusado; Que nada fez com o acusado porque é crente e decidiu procurar seus direitos; Que Janaína relatou que o acusado colocou o pênis para fora da bermuda e usou o dedo introduzindo na vagina e no ânus dela; [...] Que no dia do fato o acusado apresentar (sic) sinais de álcool; Que o acusado no dia do fato estava sob efeito de alguma coisa que nem correu direito; [...] QUE quando deparou-se com o*



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho**  
**Terceira Câmara Criminal**

050

*acusado ele estava com o calção arriada (sic) nas pernas; Que o acusado já conhecia a casa do depoente porque era família da antiga residente.* (Destaquei)

É de se esclarecer que, entre a data do fato, ocorrido em **26 de setembro de 2001**, e o depoimento em Juízo do declarante, pai da ofendida, e as declarações dela própria, em **03 de novembro de 2003**, distam mais de 02 (dois) anos, não sendo razoável esperar que a versão reproduzida dos fatos, depois desse tempo, guarde coerência absolutamente perfeita entre um momento e outro, de maneira que algum elemento dissonante não invalide o todo, até porque seria de se suspeitar, sim, caso a precisão da narrativa fosse de tal ordem que soasse como produto da orientação prestada por alguém, com o intuito exclusivo de prejudicar o réu.

Destaque-se, ainda, que, por se tratar de uma infração contra a liberdade sexual, a conduta punível pressupõe o constrangimento por meio de violência ou grave ameaça. No caso concreto presente, trata-se de vítima menor de 10 (dez) anos ao tempo do fato, conforme se depreende da cópia reprográfica de sua certidão de nascimento, acostada ao processo (fls.14).

No chamado crime sexual, faz-se, em boa técnica, como ensina LUIZ FLÁVIO GOMES, a distinção entre o abuso e a agressão. A agressão sexual existe quando há emprego efetivo de violência ou grave ameaça. É essa a distinção crucial que o legislador de 1940 não fez, jogando tudo para o denominador comum da violência, no art. 224 do Código Penal, agora revogado pela Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009.

Nesta linha, a presunção absoluta de violência é inconstitucional. E mesmo a presunção relativa (*juris tantum*), para LUIZ FLÁVIO GOMES, em livro publicado antes da nova Lei 12.015/09, deveria ser expurgada do Código Penal, só restando ao então art. 224 as situações que nele são previstas ou configuradas como abuso sexual (*in* “Presunção de Violência nos Crimes Sexuais”, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2001, p.114 e ss).

No caso concreto presente, não se aplica a nova lei (nº 12.015/09), já referida, que alterou praticamente todo o Título VI do Código Penal, especialmente no que se refere aos Capítulos I a IV daquele Diploma, que trata dos delitos agora denominados, acertadamente, de Crimes contra a Liberdade Sexual.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho**  
**Terceira Câmara Criminal**



051

O então art. 214 do CP, vigente na época do fato, no caso concreto presente (2001), é o mais benéfico ao acusado, ora Apelante, bem como a própria matéria do art. 224 do CP.

Pela nova Lei, o caso concreto presente estaria enquadrado no crime previsto no art. 217A - estupro de vulnerável, cuja pena vai de 08 a 15 anos, bem mais gravosa do que a pena do art. 214 do CP, aplicado na Sentença condenatória dos presentes autos

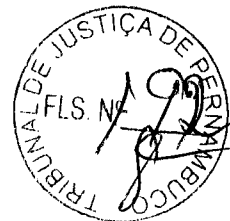
As alíneas “b” e “c” do Art. 224 do CP, tratavam de presunções relativas, como todos concordam. Alienação e a debilidade mental (*alínea “b”*), devem ser comprovadas por laudo pericial (RT 390/93, 620/342). Ora, excluir a mesma presunção relativa da alínea “a” do Art. 224, já referido, seria, como afirma MIRABETTE, considerar o menor de 14 anos mais protegido do que o insano mental, pessoa reconhecidamente impossibilitada de ter uma mínima consciência a respeito de qualquer dos seus atos (*in* Manual de Direito Penal, vol. 2, Editora Atlas, São Paulo, 1998, pág. 440).

A correta interpretação da alínea “c” do Art. 224 do CP, escreve LUIZ FLÁVIO GOMES, afasta as dúvidas. Quando se menciona a incapacidade de resistência “*por qualquer causa*”, isso significa que não estão excluídas as primeiras causas, as das alíneas “a” e “b” (*idade e alienação ou debilidade mental*). A impossibilidade de resistência, prevista no final do Art. 224 do CP, é assim o eixo dos crimes de abuso sexual. Por causa dessa impossibilidade de oferecer resistência é que o agente se aproveita da vítima. É dizer: tanto na hipótese da idade, como na de debilidade mental, ou, enfim, por qualquer causa, só existe o crime sexual, previsto no Art. 224, se a vítima, nos termos expressos na norma legal, não “*pode oferecer resistência*”.

X Nota-se, das declarações da vítima menor, no caso concreto presente, que ela acordou quando o acusado já praticava com ela o ato libidinoso, consistente na introdução do dedo, o que demonstra, tanto em relação à sua idade e porte físico de menina em relação a um adulto, quanto ao fato de estar dormindo, sua total incapacidade para oferecer resistência. Não bastasse isso, ainda sofreu ameaça de morte, caso gritasse, de forma que, seja pela elementar do tipo “grave ameaça”, do Art. 214, do CP, ou pela hipótese da alínea “c” do Art. 224, do CP, restou configurado o delito de Atentado Violento ao Pudor imputado ao apelante, por estarem assentes todos os seus elementos.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho  
Terceira Câmara Criminal



052

Quanto à autoria delitiva, apesar de o acusado tê-la negado em juízo (fls. 45), sua assertiva distoa dos demais elementos probatórios deste feito. Na fase inquisitorial, como registramos, o imputado confessou, em detalhes, o cometimento do crime, inclusive admitindo ter ingerido bebida alcoólica com a medicação “Rophynol” e fumado “um dólar de maconha” (fls. 21), o que se afeiçoa com o depoimento de **Rivaldo Gomes da Silva**, genitor da vítima, que declarou (fls. 68):

*“Que no dia do fato o acusado apresentar (sic) sinais de álcool;  
Que o acusado no dia do fato estava sob o efeito de alguma coisa  
que nem correu direito”.*

A infração se deu de madrugada, por volta das 2h, quando todos na residência da menor dormiam, não tendo sido difícil o ingresso do acusado no interior do quarto da infante, porque, conforme esclareceu seu pai “o acusado já conhecia a casa do depoente porque era família da antiga residente” (fls. 68).

Relativamente à palavra da ofendida neste tipo penal, a Doutrina e a Jurisprudência têm lhe atribuído notório valor probante, porquanto a ação criminosa costuma ocorrer na clandestinidade, sendo a vítima, geralmente, a única pessoa capaz de descrever as circunstâncias do fato.

Colaciono decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que versa acerca da valorização da palavra da vítima nessas condições:

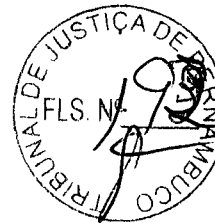
*“TJSC: “As declarações da vítima, ainda que menor, gozam de **presunção de veracidade** nos crimes contra os costumes, porquanto tais delitos, via de regra, são cometidos na clandestinidade, na presença unicamente de seus protagonistas, razão pela qual tomam vulto, se coerentes e em harmonia com os outros elementos de convicção existentes nos autos” (Destaquei) (JCAT 98/363).*

É inequívoca, desse modo, a autoria do delito do art. 214 do CP atribuída ao réu, ora Apelante, GILMAR SEABRA DOS SANTOS.

Dos argumentos anteriormente expostos, infere-se que a Sentença não carece de reforma, por estar estribada no conjunto probatório existente no feito, sendo o *quantum* fixado na condenação proporcional à culpabilidade do



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho**  
**Terceira Câmara Criminal**



053

denunciado, sobretudo por envolver uma criança, menor de 10 (dez) anos, aliciada no interior de sua residência, enquanto dormia, de madrugada, tendo o Juízo *a quo*, inclusive, após acurada análise das circunstâncias judiciais elencadas no Art. 59, do CP, considerado a atenuante da confissão, ainda que na fase inquisitorial, para minorar a reprimenda, além de fixar a sanção próxima do seu mínimo abstratamente considerado, o que demonstra a precisão da dosimetria atacada.

Assim, não podem prosperar as alegações trazidas pelo Recorrente, inclusive de que a Magistrada Sentenciante ignorou o tempo de cumprimento da prisão provisória ao dosar a pena, visto que escapa à sua competência tal procedimento, a teor do arresto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, cuja posição partilho:

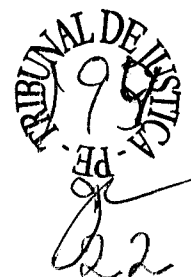
*“TJRN: “A detração da pena, prevista no art. 42, do CP, é um incidente da fase de execução da reprimenda, cuja aplicação compete ao juízo das execuções penais, após o trânsito em julgado da sentença condenatória” (RT 789/690).*

Isto posto, **nego provimento** ao Apelo, alterando, no entanto, de ofício, o regime de cumprimento da pena de 07 (sete) anos de reclusão, imposta ao réu, **GILMAR SEABRA DOS SANTOS**, para o **inicialmente fechado**, nos termos da Lei nº 11.464/2007.

É como voto.

Recife, 18 de dezembro de 2009

*Nivaldo Mulatinho Filho*  
**Des. Nivaldo Mulatinho Filho - Relator**



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargadora Alderita Ramos de Oliveira 054**

|                          |  |
|--------------------------|--|
| <b>APELAÇÃO CRIMINAL</b> | <b>Nº 0151581-1</b>                              |
| <b>ÓRGÃO JULGADOR:</b>   | Terceira Câmara Criminal                         |
| <b>COMARCA:</b>          | Cabo de Santo Agostinho -- 2ª Vara Criminal      |
| <b>APELANTE:</b>         | Gilmar Seabra dos Santos                         |
| <b>APELADO:</b>          | Ministério Público do Estado de Pernambuco       |
| <b>RELATOR:</b>          | Des. Nivaldo Mulatinho de Medeiros Correia Filho |
| <b>REVISORA:</b>         | Desa. Alderita Ramos de Oliveira                 |

**VOTO DE REVISÃO**

---

**PRELIMINAR - NULIDADE PROCESSUAL POR AUSÊNCIA DE  
CONDUÇÃO COERCITIVA DAS TESTEMUNHAS FALTOSAS  
ARROLADAS PELA DEFESA**

---

Suscita, o Apelante, questão prefacial de nulidade da instrução criminal por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que não houve a condução coercitiva das testemunhas faltosas arroladas pela defesa.

Alega, a defesa, que não foram envidados esforços para a ouvida das testemunhas, não sendo, portanto, atendidas as formalidades previstas nos arts. 370 c/c os arts. 218, 357 e 362 do Código de Processo Penal.

Resta prejudicada a apreciação de tais alegações em virtude do alcance da preclusão.

Compulsando os presentes autos, vê-se que, de fato, não houve a intimação pessoal das testemunhas arroladas pela defesa, todavia, em despacho de fl. 78 dos autos, a juíza processante deu oportunidade à defesa para se pronunciar acerca da ausência das testemunhas à audiência designada, não havendo, entretanto, qualquer manifestação do patrono do acusado, que mais adiante renunciou ao patrocínio da causa (fls. 89) e, nomeado novo defensor pelo acusado, este não suscitou por ocasião da apresentação das alegações finais (fls. 101/103) qualquer vício na instrução criminal.

Desse modo, é de ser considerada sanada e atingida pela preclusão temporal dita nulidade, uma vez que não argüida em momento



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
Gabinete Desembargadora Alderita Ramos de Oliveira

055

oportuno, qual seja, na primeira oportunidade dada à defesa, a teor do que preconiza o art. 572, inciso I<sup>1</sup> do Código de Processo Penal.

Neste sentido, trago à colação recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

*"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NAS LEIS 10.409/2002 E 11.343/2006. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. ARGUIÇÃO INOPORTUNA. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. (...)*

*2. A teor do disposto nos arts. 571 e 572 do CPP, é inviável acolher-se a pretensão de nulidade se a eiva foi aventada apenas após a prolação de sentença condenatória, em sede de apelação criminal e de habeas corpus. (...)*

*(HC 123.006/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 31/08/2009)" (Grifei)*

*"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E USO DE DOCUMENTO FALSO. AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. NÃO-IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. ART. 571, II, DO CPP.*

*CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. (...)*

*2. Nos termos do art. 571 do Código de Processo Penal, eventuais nulidades ocorridas na fase instrutória deverão ser argüidas em sede de alegações finais, sob pena de preclusão da matéria.*

*3. Ordem denegada. (HC 45.770/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 03/11/2008)" (Grifei)*

Desse modo, rejeito a preliminar suscitada.

Recife, 18 de dezembro de 2009.

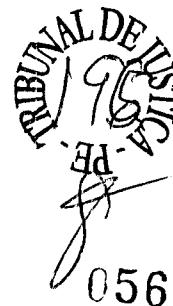
Desa. Alderita Ramos de Oliveira – Revisora

<sup>1</sup> Art. 572 – As nulidades previstas no art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas:

I – se não forem argüidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior; (...)



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargadora Alderita Ramos de Oliveira**



**MÉRITO**

---

Trata-se de tempestivo recurso apelatório onde o apelante, inconformado com a decisão que o condenou à pena de 07 (sete) anos de reclusão a ser cumprida em regime integralmente fechado, pugna por sua absolvição, alegando a inexistência de provas suficientes para lastrear a sua condenação no crime descrito no art. 214, do Código Penal, tendo em vista as frágeis provas testemunhais produzidas e sua desconformidade com perícia realizada, a qual não demonstra a prática do delito imputado.

Pugna, ainda, o apelante, pela diminuição da pena definitiva levando-se em consideração a detração penal de 1 (um) ano e 1 (um) mês e pela redução da pena em seu mínimo legal.

Narra a inicial acusatória que: "(...) no dia 26 de setembro de 2001, por volta das 02:00h, na Travessa da Esperança, nº 24, Ponte dos Carvalhos, neste Município, o acusado invadiu a casa da criança Janaína Vieira da Silva, de dez anos de idade, no momento em que a mesma dormia com seus pais, tendo praticado nela ato libidinoso diverso da conjunção carnal, por meio de violência. Narram os presentes autos que a vítima, no momento em que estava sendo aliciada, conseguiu gritar pelo nome do pai, avisando que tinha alguém lhe seviciando, oportunidade em que o genitor correu atrás do acusado e ainda conseguiu alcançá-lo, levando-o à Delegacia. Segundo, a prova testemunhal, o pai da vítima quando dirigiu-se ao local onde a mesma dormia, chegou a presenciar o acusado com o calção abaixado até os joelhos, masturbando-se e com o órgão sexual visivelmente excitado. Segundo a vítima, o Denunciado se masturbava enquanto colocava o dedo dentro do seu ânus. (...)”

A materialidade e a autoria do delito restaram evidenciadas pela confissão extrajudicial do apelante (fls. 21/22) em conjunto com os depoimentos prestados pela vítima e testemunhas no decorrer do inquérito policial e da instrução criminal.

A alegação do apelante de que não há nos autos provas suficientes para embasar sua condenação não merece prosperar, uma vez que exaustivamente demonstrada nos autos a prática do crime pelo acusado contra a vítima menor Janaína Vieira da Silva.



057

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargadora Alderita Ramos de Oliveira**

A despeito de ter se retratado em juízo, ao ser interrogado pela autoridade policial o apelante confessa a autoria delitiva e relata, ainda, a tentativa de estupro contra outra vítima de nome Geane Balbina da Silva, ao afirmar (fls. 21/22):

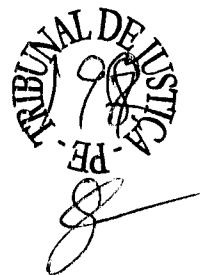
*"(...) o declarante admite todas as acusações imputadas à sua pessoa; que há aproximadamente 03 meses, o declarante afirma que saiu de sua residência dirigindo-se a um barzinho, onde tomou algumas cervejas, junto com Rophynol e inclusive, antes de ir bar fumou um dólar de maconha; que por volta das 02h30min, o declarante saiu do bar e dirigiu-se à residência de uma mulher denominada Jeane, e após abrir a porta, dirigiu-se ao quarto da mesma, ocasião em que colocou um travesseiro no rosto da Jeane, afim de tentar estuprá-la, e nesta ocasião a Jeane acordou, e diante da impossibilidade do estupro, o declarante resolveu desferir um tapa no rosto da Jeane; que pelo fato de a Jeane ter saído gritando da casa, o declarante fugiu do local; que há aproximadamente um mês, o declarante também confessa que tentou estuprar uma menor, filha de Rivaldo Gomes da Silva, conhecido por "Minha", e para a prática deste fato o declarante afirma que neste dia, fumou maconha, tomou Rophynol, e algumas cervejas, e por volta das 03h00 dirigiu-se até a residência do Minha, adentrou na mesma, e adentrou no quarto, ocasião em que viu a filha do Minha deitada na cama dormindo, e nesta ocasião, resolveu abusar sexualmente da mesma enfiando o dedo no ânus da menina (menor), e inclusive, enquanto enfiava o dedo se masturbava; que em meio a esta prática, a menor (vítima) gritou, ocasião em que o pai da mesma adentrou no quarto e o declarante fugiu (...)"*

Rivaldo Gomes da Silva, pai da vítima, perante a autoridade judiciária, afirmou (fl. 68):

*"Que no dia do crime estava dormindo em casa quando escutou os gritos de sua filha Janaína; que Janaína gritava dizendo que havia um homem em seu quarto "bulindo" nela; que quando se dirigiu para o quarto da Janaína o acusado passou pelo depoente correndo; que saiu atrás do acusado juntamente com seu filho de nome Wellington e a própria Janaína; que conseguiu pegar o acusado; (...); que quando deparou-se com o acusado ele estava com o calção arriada nas pernas; (...)"*



058



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargadora Alderita Ramos de Oliveira**

A vítima Janaína Vieira da Silva, à época com 10 anos de idade, ao prestar depoimento em juízo, afirmou (fls. 68/69):

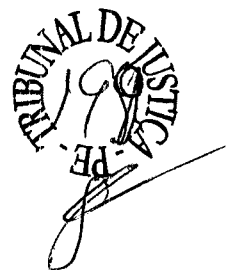
*"que na época do fato tinha dez anos; que estava dormindo quando de repente acordou e viu o acusado em seu quarto com o pênis à mostra em estado de ereção; que acordou porque o acusado introduziu o seu dedo no ânus da depoente; que o acusado mandou que a depoente pegasse no pênis dele e não gritasse senão ele a mataria; que a depoente não pegou no pênis do acusado e gritou pelo seu pai; que a depoente é virgem, que nunca teve contato sexual com nenhum homem; que não sabe dizer se o acusado introduziu o dedo em sua vagina, que conseguiu sentir apenas quando ele introduziu o dedo no seu ânus; (...)"*

Vê-se, pois, que as provas testemunhais são robustas no sentido de atribuir ao apelante a prática delitiva em comento e, apesar de a perícia sexológica realizada na vítima encontrar-se em dissonância com a palavra da vítima, uma vez que atesta que houve a prática de conjunção carnal, esta deve prevalecer, visto que de mais valia do que a prova pericial e por encontrar-se em harmonia com as demais provas dos autos.

Registre-se, ainda, que a jurisprudência vem se mantendo firme no sentido de que, em tais procedimentos, a declaração da vítima, desde que harmônica e consentânea com os demais subsídios coligidos aos autos, constitui relevante para formação do convencimento do magistrado com relação à autoria, visto que, em crimes praticados na clandestinidade, a palavra da vítima é de fundamental importância na elucidação dos fatos.

Veja-se, a propósito, decisão do Superior Tribunal de Justiça, da qual extraio o seguinte excerto:

*"Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios". Precedentes (STJ - RESP 700800/RS, Min. Gilson Dipp, 5ª turma, j. 22/03/2005, DJ 18.04.2005, p. 384).*



059

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargadora Alderita Ramos de Oliveira**

Assim, muito embora o apelante argumente que o laudo pericial é divergente das provas testemunhais, tal alegação não é capaz de absolvê-lo do crime a que foi condenado.

Em que pese a perícia sexológica realizada na vítima ter atestado de maneira precisa que houve ato sexual envolvendo penetração, é de se considerar a palavra da vítima, a qual deixou claro em seu depoimento que não houve conjunção carnal.

É discutível a imputação da prática de estupro, crime pelo qual não foi o apelante denunciado, diferentemente da prática de atentado violento ao pudor, este exaustivamente demonstrado pelo conjunto probatório carreado aos autos.

Atente-se que a imputação do crime atribuída ao apelante não é fato isolado.

Restou demonstrada nos autos sua afeição à prática de tais atos, conforme se vê pelo depoimento da testemunha Geane Balbina da Silva prestado perante a autoridade policial (fls. 19/20): *"(...) a declarante afirma que foi acordada por um indivíduo denominado Gilmar Seabra, conhecido por "Má" (...), o Má colocou um travesseiro no rosto da declarante, e neste ocasião a declarante conseguiu se soltar, e em seguida, o Gilmar pegou no braço da declarante, agarrando-am e nesta ocasião a declarante gritou muito, (...)"*

Assim, pela análise dos depoimentos da vítima e das testemunhas, inexistem dúvidas quanto à autoria delitiva atribuída ao apelante, não merecendo, pois, acolhimento a alegação de insuficiência de provas para embasar a sua condenação.

Passo à análise do pedido de diminuição da pena definitiva levando-se em consideração a detração penal de 1 (um) ano e 1 (um) mês e pela redução da pena em seu mínimo legal.

Ao analisar a dosimetria e a fixação da pena (fls. 121/122), o douto Juiz sentenciante asseverou:

*"(...) Atento às diretrizes do art. 59 do CP, observo que o acusado é primário, porém de maus antecedentes sociais, uma vez que já tentou violentar uma outra moça, conforme revelam os depoimentos de fls. 21/22 e 64/65 dos autos; agiu com intensa culpabilidade, pois*

6



060



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargadora Alderita Ramos de Oliveira**

*invadiu a casa da vítima durante a madrugada para molestá-la; o seu gesto pervertido acarretou, com certeza, sérias consequências à ofendida; o comportamento da vítima, uma criança impúbere, não poderia se constituir em provocação ou estímulo à conduta do acusado, razões pelas quais fixo a pena base em sete (07) anos e seis (06) meses de reclusão, que diminuo em seis (06) meses em razão de o agente ter confessado a autoria do crime (art. 65, I, d, do CP) para torná-la definitiva, à míngua de outras causas de aumento ou diminuição de pena, em sete (07) anos de reclusão. (...)”*

Vê-se, pois, que na fase dosimétrica de aplicação da reprimenda, o douto Juiz sentenciante observou as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do CP, e, ainda, considerou a confissão extrajudicial do apelante, aplicando a circunstância atenuante do art. 65, III, “d”, do CP, haja, fixando a pena em patamar muito próximo ao mínimo legal previsto para o delito em análise, não havendo, desse modo, exacerbação na aplicação da reprimenda.

Por fim, não cabe ao juízo sentenciante a consideração da detração penal no momento de fixação da pena definitiva, sendo tal cômputo de competência do juízo das execuções.

Nessa senda, trago à colação julgado do Superior Tribunal de Justiça:

**PENAL. HABEAS CORPUS. DETRAÇÃO. COMPETÊNCIA. JUÍZO DE EXECUÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. LEI Nº 7.210/84.**

*Compete ao Juízo de Execução as decisões a respeito da detração penal (art. 66, inciso III, alínea “c”, da LEP) (Precedentes do STF e do STJ). Writ denegado.*

*(HC 18.716/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/02/2005, DJ 07/03/2005 p. 287)*

De ofício modifico o regime inicial de cumprimento da pena pelo apelante para o de inicialmente fechado, a teor do que dispõe o art. 1º, § 1º, da Lei nº 11.464/2007.

Ante o exposto, e em consonância com o parecer ministerial, **nego** provimento ao recurso, modificando a sentença



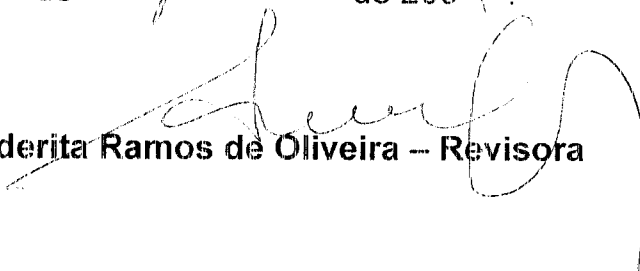
061



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**Gabinete Desembargadora Alderita Ramos de Oliveira**

combatida apenas no que atine ao regime de cumprimento da pena, passando a ser o **inicialmente fechado**.

Recife, 18 de dezembro de 2007.

  
**Desa. Alderita Ramos de Oliveira – Revisora**