HABEAS CORPUS Nº 474.607 - SP (2018/0273484-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	A B DE J
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	A B DE J (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado por **A. B. DE J.,** em favor próprio, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o impetrante/paciente foi condenado à pena de 48 anos de reclusão, a ser cumprida em regime prisional inicialmente fechado, como incurso nas sanções do art. 217-A, c/c o art. 71, parágrafo único, e no art. 226, II, todos do Código Penal.

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso, ficando mantido o inteiro teor do decreto condenatório, nos moldes do acórdão assim ementado:

> "Apelação. Estupro de Vulnerável em continuidade delitiva. Sentença condenatória. Pleito defensivo de absolvição com fulcro no art. 386, incisos I, V e VII, do Código de Processo Penal. Condenação pautada no farto e seguro acervo probatório. Palavras das vítimas corroboradas por testemunhas. Pleito subsidiário de fixação da pena-base no mínimo legal e imposição de regime inicial semiaberto. Reprimenda que comporta reparo. Pena-base deveria considerar as circunstâncias e conseqüências do crime. Recurso apenas da defesa - pena mantida pelo princípio do *non reformatio in pejus*. Manutenção do regime inicial fechado. Recurso improvido" (e-STJ, fl. 35).

Neste *writ*, o impetrante/paciente pugna pela redução da pena pela tentativa, já que não houve ruptura himenal.

Sem pedido de liminar.

Instada a se manifestar, a Defensoria Pública estadual noticiou já ser sido ajuizada revisão criminal em favor do apenado, a qual aguarda apreciação pela Corte de origem.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* (e-STJ, fls. 83-87).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Além disso, o pleito de desclassificação da conduta para a modalidade tentada não de adequada à via do *writ*, considerando a necessidade de revolvimento

fático-probatório para infirmar as conclusões das instâncias ordinárias.

Mais: nos moldes da consolidada jurisprudência desta Corte, a consumação do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. No caso, o simples fato de não ter havido ruptura himenal, já que os três menores foram submetidos a incontáveis atos contrários à sua dignidade sexual, com vistas à satisfação da lascívia do acusado, não evidencia o *conatus*, tratando-se, deveras, de crimes de estupro de vulnerável consumado.

No mesmo sentido: "a materialização do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal (AgRg no AREsp 530.053/MT, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/6/2015, DJe 29/6/2015).

Além disso, conforme o informado pela Corte de origem, foi ajuizada revisão criminal na origem com vistas à alteração dos parâmetros adotados no cálculo dosimétrico, a qual ainda está pendente de julgamento.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ.*

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator